

### Das internationale Menschenrecht auf Arbeit: völkerrechtliche Anforderungen an Deutschland

Körner, Marita

Veröffentlichungsversion / Published Version  
Forschungsbericht / research report

Zur Verfügung gestellt in Kooperation mit / provided in cooperation with:  
Deutsches Institut für Menschenrechte

#### Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Körner, M. (2004). *Das internationale Menschenrecht auf Arbeit: völkerrechtliche Anforderungen an Deutschland*. (Studie / Deutsches Institut für Menschenrechte). Berlin: Deutsches Institut für Menschenrechte. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-316879>

#### Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer Deposit-Lizenz (Keine Weiterverbreitung - keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Gewährt wird ein nicht exklusives, nicht übertragbares, persönliches und beschränktes Recht auf Nutzung dieses Dokuments. Dieses Dokument ist ausschließlich für den persönlichen, nicht-kommerziellen Gebrauch bestimmt. Auf sämtlichen Kopien dieses Dokuments müssen alle Urheberrechtshinweise und sonstigen Hinweise auf gesetzlichen Schutz beibehalten werden. Sie dürfen dieses Dokument nicht in irgendeiner Weise abändern, noch dürfen Sie dieses Dokument für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, aufführen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Mit der Verwendung dieses Dokuments erkennen Sie die Nutzungsbedingungen an.

#### Terms of use:

This document is made available under Deposit Licence (No Redistribution - no modifications). We grant a non-exclusive, non-transferable, individual and limited right to using this document. This document is solely intended for your personal, non-commercial use. All of the copies of this documents must retain all copyright information and other information regarding legal protection. You are not allowed to alter this document in any way, to copy it for public or commercial purposes, to exhibit the document in public, to perform, distribute or otherwise use the document in public.

By using this particular document, you accept the above-stated conditions of use.

Deutsches Institut für Menschenrechte  
German Institute for Human Rights

Zimmerstrasse 26/27  
D-10969 Berlin

Phone: (+49) (0)30 – 259 359 0  
Fax: (+49) (0)30 – 259 359 59  
info@institut-fuer-menschenrechte.de

Studie



## Das internationale Menschenrecht auf Arbeit

Völkerrechtliche Anforderungen an Deutschland

Marita Körner

# Impressum

---

Deutsches Institut für Menschenrechte  
German Institute for Human Rights  
Zimmerstr. 26/27  
D- 10969 Berlin  
Phone (+49) (0)30 – 259 359 0  
Fax (+49) (0)30 – 259 359 59  
[info@institut-fuer-menschenrechte.de](mailto:info@institut-fuer-menschenrechte.de)  
[www.institut-fuer-menschenrechte.de](http://www.institut-fuer-menschenrechte.de)

Gestaltung:  
iserundschmidt  
Kreativagentur für PublicRelations GmbH  
Bad Honnef – Berlin

Januar 2004

ISBN 3-9808112-9-8

Studie

## Das internationale Menschenrecht auf Arbeit

Völkerrechtliche Anforderungen an Deutschland

Marita Körner



# Die Autorin

Marita Körner, Dr. jur., Privatdozentin für Zivilrecht, Arbeitsrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsinformatik, vertritt zurzeit die Professur für Bürgerliches Recht, Handels- und Arbeitsrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg. Schwerpunkte u.a.: Arbeitsrechtsvergleichung, Europäisches Arbeitsrecht und Arbeitsvölkerrecht.

# Vorwort

*"All human rights are universal, indivisible and interdependent and interrelated."\**

Dieses Zitat aus der Abschlusserklärung der Wiener Weltmensenrechtskonferenz von 1993 bringt zum Ausdruck, dass bürgerliche und politische Rechte und wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte untrennbare Teile des menschenrechtlichen Systems darstellen. Die Wiener Konferenz hat damit das Prinzip der Unteilbarkeit der Menschenrechte erneut bekräftigt, das bereits die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen von 1948 postuliert hatte, das durch die Blockkonfrontation des Kalten Krieges jedoch aus dem Blick geraten war.

In Deutschland sind die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte nach wie vor weniger stark im Bewusstsein der Öffentlichkeit verankert als die bürgerlichen und politischen Rechte. Das zeigt sich auch darin, dass diese Rechte in den derzeitigen Diskussionen um die Reformen der deutschen Sozialsysteme selten als Referenz herangezogen werden.

Das Recht auf Arbeit mag in Deutschland vielen als überkommener Kampfbegriff aus einer ideologisch aufgeladenen Debatte der 1970er Jahre erscheinen. Die vorliegende Studie zeigt, dass das Recht auf Arbeit als eines der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte in verschiedenen internationalen Rechtsinstrumenten ver-

ankert ist und in den Anmerkungen und Empfehlungen der zugehörigen Organe mit Leben gefüllt und ausdifferenziert wird. Auf der Basis dieser Quellen verortet die Autorin das Recht auf Arbeit als ausfüllungsbedürftiges, aber auch ausfüllungsfähiges Konzept. Die Studie macht jedoch auch deutlich, dass die Auslegung anderer wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte weitaus fortgeschrittener ist.

Wir hoffen, dass die Studie einerseits zum internationalen Prozess der weiteren Konkretisierung des Menschenrechts auf Arbeit beitragen, und andererseits in Deutschland das Bewusstsein für das Recht auf Arbeit als Bestandteil des internationalen Menschenrechtsschutzes schärfen kann. Die Studie steht im Rahmen weiterer Arbeiten des Deutschen Instituts für Menschenrechte zu den wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten: Im Jahr 2004 werden zwei weitere Publikationen des Institutes erscheinen, die sich mit der grundlegenden Frage der Justiziabilität dieser Rechte sowie mit den Rechten älterer pflegebedürftiger Menschen auf Gesundheit und Wohnung beschäftigen.

Dezember 2003

Dr. Heiner Bielefeldt  
Direktor  
Deutsches Institut für Menschenrechte

\* Vienna Declaration and Programme of Action, A/CONF 157/23, 12. Juli 1993, Para. 5.

# Inhalt

## Einleitende Zusammenfassung ..... 9

## 1 Hintergrund ..... 11

### 1.1 Die Bedeutung der Erwerbsarbeit ..... 11

### 1.2 Bestimmung des Begriffs

#### „Recht auf Arbeit“ ..... 12

##### 1.2.1 Das Recht auf Arbeit als subjektives Recht? ..... 13

##### 1.2.2 Recht auf Arbeit vs. Recht in der Arbeit ..... 14

##### 1.2.3 Recht auf Arbeit vs. Recht zur Arbeit, Recht am Arbeitsplatz und Recht auf Beschäftigung ..... 14

### 1.3 Die historische Entwicklung des Rechts auf Arbeit ..... 15

### 1.4 Das Recht auf Arbeit im deutschen Verfassungsrecht ..... 15

#### 1.4.1 Grundgesetz ..... 15

#### 1.4.2 Länderverfassungen ..... 16

## 2 Das Recht auf Arbeit in internationalen Rechtsinstrumenten ..... 18

### 2.1 Internationale Verpflichtungen ..... 18

#### 2.1.1 Rechtsquellen ..... 18

#### 2.1.2 Art. 23 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (AEMR) ..... 18

#### 2.1.3 Der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPWSKR) ..... 19

##### a) Inhalt des Art. 6 ..... 19

##### aa) Persönlicher Geltungsbereich .. 19

##### bb) Sachlicher Geltungsbereich ..... 21

##### (1) Berufsfreiheit ..... 21

##### (2) Arbeitspflichten ..... 21

##### (a) Pflicht zur Arbeit? ..... 21

##### (b) Verbot der Zwangsarbeit ..... 22

##### (3) Keine Arbeitsplatzgarantie ..... 22

##### (4) Arbeitsrechtliche

##### Gewährleistungen ..... 22

##### (5) Beschäftigungspolitik ..... 23

##### (a) Vollbeschäftigung ..... 23

##### (b) Berufsberatung und

##### Ausbildung ..... 23

##### (6) Besondere Beschäftigtengruppen 24

##### b) Schranken des Rechts auf Arbeit

##### in Art. 2 ..... 24

##### aa) Art. 2 I ..... 24

##### bb) Art. 2 II ..... 26

##### c) Art. 4 ..... 26

##### d) Kontrolle ..... 27

##### aa) Geplantes Fakultativprotokoll .. 27

##### bb) Staatenberichte ..... 28

##### 2.1.4 Art. 11 des UN-Übereinkommens

##### zur Beseitigung jeder Form der

##### Diskriminierung der Frau ..... 29

##### a) Verpflichtungen ..... 29

##### b) Kontrolle ..... 30

##### 2.1.5 Übereinkommen Nr. 122 der Inter- nationalen Arbeitsorganisation (ILO) ..... 31

##### a) Verpflichtungen ..... 31

##### b) Kontrolle ..... 32

### 2.2 Auf Europa begrenzte Verpflichtungen .. 33

#### 2.2.1 Art. 1 der Europäischen

#### Sozialcharta (ESC) ..... 33

##### a) Verpflichtungen ..... 33

##### b) Kontrolle ..... 36

#### 2.2.2 Europäische Union ..... 37

##### a) Vertrag zur Gründung der Europäischen

##### Gemeinschaft (EG-Vertrag) ..... 37

##### b) Grundrechtscharta der

##### Europäischen Union ..... 37

##### c) Kontrolle ..... 38

## 3 Die Umsetzung des Rechts auf Arbeit in Deutschland ..... 39

### 3.1 Innerstaatliche Umsetzung völkerrecht- licher Pflichten ..... 39

### 3.2 Maßnahmen zur Realisierung des

#### „Rechts auf Arbeit“ ..... 40

##### 3.2.1 Beschäftigungspolitik ..... 40

##### a) Vollbeschäftigung als Ziel ..... 40

##### b) Arbeitsförderung ..... 40

##### c) Förderung der selbständigen

##### Berufstätigkeit ..... 41

##### d) Europäische Beschäftigungspolitik.. 42

##### 3.2.2 Arbeitsrecht als Umsetzung des

##### „Rechts auf Arbeit“ ..... 44

##### a) Gerechte Arbeitsbedingungen ..... 44

##### b) Bestandsschutz ..... 44

##### c) Deregulierung ..... 44

##### d) Der Ansatz der Europäischen Union 45

##### 3.2.3 Schutz bei Arbeitslosigkeit ..... 45

##### 3.2.4 Verfassungsrecht ..... 46

### 3.3 Bewertung der deutschen Umsetzungs- strategien durch die internationalen Überwachungsorgane ..... 46

#### 3.3.1 Internationaler Pakt über wirtschaft- liche, soziale und kulturelle Rechte ..... 46

##### a) General Comments ..... 46

##### b) Concluding Observations ..... 47

#### 3.3.2 Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau ..... 49

#### 3.3.3 Internationale Arbeitsorganisation .. 51

#### 3.2.4 Europäische Sozialcharte ..... 53

#### 3.2.5 Europäische Union:

##### Europäischer Gerichtshof (EuGH) ..... 55

##### a) Nachtarbeitsverbot für Frauen ..... 55

##### b) Ausschluss von Frauen von den Streitkräften ..... 56

#### 3.4 Das Versicherungsprinzip: ein übersehenes Problem? ..... 56

#### 3.5 Reaktionen in der deutschen Politik und Justiz ..... 57

## 4. Schlussfolgerungen ..... 60

## Abkürzungsverzeichnis ..... 62

## Einleitende Zusammenfassung

Ziel der Studie zum „Menschenrecht auf Arbeit“ ist die Analyse der internationalrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland zur Gewährleistung eines „Rechtes auf Arbeit“ sowie deren Umsetzung aus Sicht der internationalen Überwachungsorgane.

Die Studie leistet keine Einzelanalyse konkreter Problembereiche in der Bundesrepublik Deutschland. Die Bestandsaufnahme der internationalrechtlichen Pflichten in der vorliegenden Untersuchung soll Grundlage für die Frage sein, welche praktischen Anwendungsbereiche einer näheren Analyse bedürfen.

Die Studie kommt zu folgenden Schlussfolgerungen:

**1.** Unter dem Recht auf Arbeit ist in einer demokratischen Staatsverfassung mit marktwirtschaftlichem Wirtschaftssystem kein subjektives Recht des/der Einzelnen auf einen konkreten Arbeitsplatz zu verstehen. Bei der Realisierung des Rechts auf Arbeit liegt der Schwerpunkt deshalb auf der Beschäftigungs- und Arbeitsmarktpolitik des Staates, dem Bestandsschutz für das Arbeitsverhältnis, dem Schutz bei Arbeitslosigkeit sowie dem Diskriminierungsschutz.

**2.** Unstreitig handelt es sich bei dem in den deutschen Länderverfassungen geregelten Recht auf Arbeit um einen Programmsatz, aus dem aber durchaus, insbesondere in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes, eine staatliche Pflicht zu beschäftigungsfördernder Politik abgeleitet werden kann. Allerdings gibt es auch bei einem klaren Ziel immer mehrere Wege, es zu erreichen. Außerdem verpflichtet nicht nur schon das deutsche Stabilitätsgesetz von 1967 zur Verfolgung auch anderer wirtschaftspolitischer Ziele, sondern auch die seit 1997 neu in den EG-Vertrag aufgenommene Beschäftigungspolitik soll ausdrücklich in den Gesamtrahmen der Wirtschaftspolitik eingebettet sein.

**3.** Aus den dargestellten internationalen Instrumenten (Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale

und kulturelle Rechte, Übereinkommen zur Beseitigung der Diskriminierung der Frau, ILO-Übereinkommen Nr. 122, Europäische Sozialcharta) folgt die völkerrechtliche Pflicht für die Bundesrepublik Deutschland, das Recht auf Arbeit umzusetzen. Jedoch ergibt sich eine konzise Definition weder aus einzelnen internationalen Instrumenten noch aus deren Zusammenschau. Vielmehr ist der Inhalt des Rechts auf Arbeit nirgends klar abgegrenzt. Das Recht auf Arbeit ist im Gegenteil umso abstrakter, unschärfer und damit unverbindlicher, je ausdrücklicher es Erwähnung findet. Sein Inhalt und seine Grenzen sind dann kaum zu erkennen. Auch die „Rechtsprechung“ durch die internationalen und europäischen Kontrollausschüsse kann nur zu punktuellen Klarstellungen führen, da sie exemplarisch ist. Gerade weil das Anspruchsobjekt „Arbeit“ viel weniger spezifisch und damit weniger greifbar ist als andere Menschenrechte, ist es für die Kontrollinstanzen, auch angesichts ihrer eingeschränkten personellen und zeitlichen Ausstattung, ausgeschlossen, zum „Recht auf Arbeit“ einen scharf konturierten Rahmen zu schaffen. Dazu wird es schon, im Gegensatz zu anderen Menschenrechtsverletzungen, viel zu selten thematisiert.

**4.** Dieses strukturelle Problem des Rechts auf Arbeit bedeutet aber keineswegs, dass an die Staaten keine Forderungen gestellt werden könnten. Ganz im Gegenteil ergibt sich für das weite Gebiet der Beschäftigungspolitik die Pflicht, dass der Staat mit dem Ziel der Beschäftigungsförderung handelt.

Auf ganz bestimmte Maßnahmen werden sich diese Handlungspflichten aber selten beziehen können. Alle Entscheidungen in diesem Bereich sind politische und damit umstrittene Entscheidungen. Außerdem stehen die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte (WSK-Rechte) immer unter dem Vorbehalt der Leistungsfähigkeit des Staates, der sie erbringen soll.

Angesichts zurzeit leerer Staatskassen tendiert auch die deutsche Politik – um höhere Beschäftigung zu erreichen – derzeit zu Leistungskürzungen. Mit Blick



auf die Sozialstaatskosten und die demographische Entwicklung will die Politik durch nichtpekuniäre Anreiz- und Drucksysteme den Beschäftigungsstand erhöhen. Dieser Weg wird auch von der Europäischen Union vorgeschlagen.

Das Dilemma besteht darin, dass die Beschäftigungspolitik zwar ein wichtiger Umsetzungsmechanismus für das Recht auf Arbeit ist, aber es wegen des weiten politischen Handlungsspielraums der Regierungen allenfalls dann als Verstoß gegen das Recht auf Arbeit gewertet werden kann, wenn überhaupt keine Beschäftigungspolitik betrieben wird.

5. Die meisten Impulse zur Beschäftigungsförderung kommen inzwischen von der Europäischen Union, die seit 1997 Beschäftigungspolitische Leitlinien auflegt und deren Berücksichtigung in den Mitgliedstaaten auch überwacht. Die Leitlinien sind zwar nicht rechtsverbindlich, bieten aber einen konkreteren Orientierungsrahmen als die bestehenden völkerrechtlichen Instrumente, da sie an den spezifischen politischen, wirtschaftlichen und sozialen Verhältnissen der EU-Mitgliedstaaten ausgerichtet sind und deshalb auch erheblich mehr beachtet werden.

6. Liegen Fälle von Diskriminierung vor, können Verstöße gegen das Recht auf Arbeit leichter festgestellt werden. Hier geht es darum, dass bestimmte Gruppen, zum Beispiel Frauen, Ältere, Behinderte und Menschen, die nicht die deutsche Staatsangehörigkeit haben, nicht schlechter behandelt werden dürfen als die Gesamtgruppe, sofern kein sachlicher Grund vorliegt.

7. Abzurufen ist von einer Trennung zwischen dem Recht auf Arbeit und dem Recht in der Arbeit, weil damit das in der Bundesrepublik ausgefeilte Arbeitsrecht als Umsetzungsmechanismus für das Recht auf Arbeit ausgeschlossen würde. Schon die internationalen Pakte verknüpfen diese beiden Ebenen. Nirgends erscheint das Recht auf Arbeit isoliert, sondern immer eingebettet in weiterreichende arbeitsrechtliche Schutzmechanismen.

8. Durch das Recht auf Arbeit kann also – und hier liegt seine eigentliche Kraft – in einem Bereich, der Millionen von Menschen unmittelbar betrifft, das Bewusstsein über Existenz und Bedeutung von sozialen Menschenrechten gestärkt werden.

# 1 Hintergrund

In den Reformzeiten der späten siebziger Jahre stand in Deutschland auch das „Recht auf Arbeit“ auf der Agenda<sup>1</sup>. Schon zu dieser Zeit lässt sich, beginnend mit der Ölkrise, ein stetiger Anstieg der Arbeitslosigkeit beobachten, die 1984 in der damaligen Bundesrepublik bereits 2,2 Millionen betrug<sup>2</sup> und seitdem nie mehr signifikant sank. Dennoch wurde es nach dem wenige Jahre dauernden „Boom“ der juristischen Auseinandersetzung zum Recht auf Arbeit wieder ruhig um dieses in völkerrechtlichen Instrumenten niedergelegte, aber auch in deutschen Länderverfassungen verankerte Recht. Selbst dem Arbeitnehmerlager nahestehende Arbeitsrechtler/innen beriefen sich, wohl angesichts eines immer ausgefeilteren nationalen Arbeitsrechts, kaum darauf. Aus den Programmsätzen der Verfassungen – und als solche interpretiert die herrschende Meinung das Recht auf Arbeit in den Landesverfassungen – konnte man wenig Greifbares herleiten, und die internationalen Instrumente galten als durchsetzungsschwach.

## 1.1 Die Bedeutung der Erwerbsarbeit

Die Lage hat sich geändert: 180 Millionen Arbeitslose meldete die Internationale Arbeitsorganisation (ILO – International Labour Organisation) im Januar 2003 in ihrem Weltbeschäftigungsbericht<sup>3</sup>. Schätzungen gehen unter Hinzurechnung versteckter Arbeitslosigkeit von bis zu 7 Millionen Beschäftigungssuchenden in Deutschland aus<sup>4</sup>. Die nationale Politik ist bislang mit der seit den achtziger Jahren wachsenden Arbeits-

losigkeit nicht fertig geworden. Daher stellt sich die Frage neu, ob und inwieweit das in einigen internationalen Instrumenten verankerte Recht auf Arbeit einen Beitrag für die Bekämpfung der Massenarbeitslosigkeit leisten kann. Darüber hinaus fordert die stetige Zunahme von prekärer Beschäftigung, die durch die technologie- und globalisierungsbedingten Veränderungen auf dem Arbeitsmarkt gefördert wird, zu einem neuen Blick auf das Recht auf Arbeit heraus. Diese Neuentdeckung des Rechts auf Arbeit ist auch schon deshalb erforderlich und geboten, weil es in Deutschland noch immer kein öffentliches Bewusstsein für soziale und wirtschaftliche Menschenrechte gibt – anders als bei den bürgerlichen und politischen Menschenrechten.

Die Perspektive der vorliegenden Untersuchung ist insofern eine andere als die während der Diskussion der späten siebziger und frühen achtziger Jahre, bei der die verfassungsrechtliche Debatte im Mittelpunkt stand.

Eher stiefmütterlich wurde in den meisten Abhandlungen zum Recht auf Arbeit die internationale Ebene behandelt. Das hatte auch mit dem Blickwinkel zu tun, aus dem das Recht auf Arbeit betrachtet wurde, denn vor 25 Jahren äußerten sich dazu zwar auch Experten/innen aus dem Völkerrecht, vorwiegend aber aus dem Arbeits- und Sozialrecht, die in der Regel eine nationale Perspektive hatten. Selbst das Recht der damaligen Europäischen Gemeinschaft wurde in seinen gestaltenden Auswirkungen auf das nationale

<sup>1</sup> Hier nur exemplarisch: Achten, Udo / Bieback, Karl-Jürgen / Däubler, Wolfgang, Recht auf Arbeit – eine politische Herausforderung, Neuwied 1978; Wank, Rolf Das Recht auf Arbeit im Verfassungsrecht und im Arbeitsrecht, Königstein 1980; zur Aufsatzliteratur aus dieser Zeit siehe Schaub, Günter, Arbeitsrechtshandbuch, 2000, 9. Aufl., S. 1116, Anm. 3.

<sup>2</sup> Fenn, Herbert, Recht auf Arbeit – arbeitsrechtliche Aspekte, in: Pietzcker, Jost, Recht auf Arbeit – Symposium zum 70. Geburtstag von Karl Josef Partsch, 1984, S. 26.

<sup>3</sup> Süddeutsche Zeitung (SZ) 24.1.03.

<sup>4</sup> Schmid Günther, Wege in eine neue Vollbeschäftigung, 2002, S. 439.

Recht zu dieser Zeit noch weitgehend ignoriert. Das hat sich, was das Recht der EU angeht, gründlich geändert, seit das europäische Recht so umfassend geworden ist, dass nahezu alle nationalen Rechtsbereiche davon betroffen sind und es deshalb auch in der juristischen Ausbildung vom freiwilligen Wahlfach zum Pflichtstoff in fast jeder Vorlesung zum nationalen Recht avanciert ist.

In Bezug auf das Völkerrecht, zumal die Menschenrechte und hier insbesondere die sozialen und wirtschaftlichen Grundrechte, sieht das ganz anders aus. Weder gibt es in der deutschen Rechtswissenschaft darüber ausreichende Kenntnisse noch in der Bevölkerung ein entsprechendes Bewusstsein.

Daher konzentriert sich die vorliegende Studie auf die internationalrechtlichen Grundlagen des Rechts auf Arbeit und die Frage, was daraus für die Bundesrepublik Deutschland an Verpflichtungen folgt.

Der besondere Charakter der Arbeit als Menschenrecht ergibt sich schon daraus, dass sie nicht nur der Existenzsicherung dient. Sie vermittelt auch und gerade soziale Identität in der Arbeitsgesellschaft, in der sich der Großteil der erwachsenen Bevölkerung über die Teilnahme am Erwerbsleben definiert, da soziale Anerkennung und Teilhabe im Wesentlichen davon abhängen<sup>5</sup>. Diese Schlüsselstellung der Erwerbsarbeit ist allerdings historisch betrachtet keineswegs selbstverständlich, sondern hat sich mit der Entwicklung der Industriegesellschaft immer stärker ausgeprägt. Parallel dazu kristallisierte sich der Zusammenhang zwischen Arbeitsbedingungen, sozialer Gerechtigkeit und friedlicher Entwicklung heraus, der 1919 zur Gründung der Internationalen Arbeitsorganisation führte. In diesem Rahmen spielte Erwerbsarbeit erstmals auf internationaler Ebene eine Rolle, und zwar zunächst vorwiegend aus der Furcht vor neuen revolutionären Bewegungen, später dann mit dem Hauptziel, soziale Gerechtigkeit zu verwirklichen<sup>6</sup>.

Spätestens nach dem zweiten Weltkrieg waren beide Trends in der Bedeutung der Erwerbsarbeit international etabliert – zum einen, Arbeit als einen Aspekt der Menschenwürde wahrzunehmen, zum anderen das Bestreben, sozialen Ausgleich in der Erwerbsarbeit zu schaffen.

Letzteres ist nicht nur als soziologischer Befund relevant, sondern es könnte sich in Deutschland über Art. 2 in Verbindung mit Art. 1 des Grundgesetzes (GG) auch rechtlich auswirken, wenn angenommen würde, dass der Mensch seine Persönlichkeit in einem hohen Maße in der Arbeit entfalten kann.

Dafür spricht viel, denn in einer am Erwerbszweck ausgerichteten Gesellschaft gilt Erwerbstätigkeit als soziale Norm. Wer die Norm nicht erfüllt, wird ausgegrenzt mit der Folge, dass Arbeitslosigkeit „ein Anschlag auf die körperliche und seelisch-geistige Integrität ist (...) Sie ist Raub und Enteignung der Fähigkeiten und Eigenschaften, die (...) in einem mühsamen und aufwendigen Bildungsprozess erworben wurden und die – von ihren gesellschaftlichen Betätigungsmöglichkeiten abgeschnitten – in Gefahr sind, zu verrotten und schwere Persönlichkeitsstörungen hervorzurufen. Vielfältige Formen der Selbstachtung und der sozialen Anerkennung im friedlichen Verkehr miteinander sind nach wie vor in zentraler Weise mit einer Arbeit verknüpft, die ihres Lohnes würdig ist“<sup>7</sup>. Dieser Befund aus soziologischer Sicht wird vom Ersten Armuts- und Reichtumsbericht der Bundesregierung bestätigt, wonach (unfreiwillige) Erwerbslosigkeit mit einer Verschlechterung der psychischen und bei Langzeitarbeitslosigkeit auch physischen Befindlichkeit einhergeht<sup>8</sup>.

Daneben darf nicht vernachlässigt werden, dass trotz der sozialen Sicherungssysteme in den Industriestaaten, mit diesen Systemen in der letzten Stufe – in Deutschland mit der Sozialhilfe – nur das Existenzminimum gesichert wird und ein Schutz vor sozialer Ausgrenzung dadurch nicht gewährleistet ist. Auch „relative Einkommensarmut“, so der Begriff der Europäischen Kommission, bei der nicht die Existenz bedroht ist, grenzt Menschen sozial aus, weil sie von den Angeboten der Bildung, der Freizeit und des Konsums ausgeschlossen bleiben.

## 1.2 Bestimmung des Begriffs „Recht auf Arbeit“

Der Begriff „Arbeit“ ist weit und umfasst alle zielgerichteten Tätigkeiten zum Zweck der Befriedigung

bestimmter Bedürfnisse. Aus dem Begriff selbst lässt sich keine Einschränkung auf Erwerbstätigkeit ableiten, sodass auch Hausarbeit, Kindererziehung oder ehrenamtliche Tätigkeiten selbstverständlich „Arbeit“ sind, im familiären Bereich sogar existenznotwendige Arbeit.

Diese Tätigkeiten im informellen Sektor sind jedoch in der Regel nicht vergütet, sie verschaffen also keine eigenständige materielle Lebensgrundlage, die zur gleichberechtigten Teilhabe am gesellschaftlichen Leben, insbesondere auch zur Wahrnehmung von anderen Menschenrechten, wie zum Beispiel auf Bildung oder Gesundheit, erforderlich ist.

Daher ist „Arbeit“ für den vorliegenden Zusammenhang eingeschränkt im Sinne von Berufs- bzw. Erwerbsarbeit zu verstehen, das heißt als Arbeit im Rahmen der eigenen Fähigkeiten gegen Entgelt, da nur diese Form der Arbeit die materielle Existenzsicherung gewährleistet. Entscheidend ist dabei, dass es sich um eine frei übernommene Arbeit handelt<sup>9</sup>. Offen bleibt, ob die Gewährleistung nur auf abhängige Arbeit zielt oder auch selbständige Tätigkeit umfasst. Von beiden Varianten geht die vorliegende Untersuchung aus. Recht auf Arbeit meint also nicht nur Arbeit in einem Arbeitsverhältnis, das heißt als Arbeitnehmer/in, sondern jede Art von existenzsichernder Beschäftigung, also auch selbständige (freiberufliche oder gewerbliche) Tätigkeiten.

Diese Sichtweise wird durch die Stellungnahmen der internationalen Kontrollorgane zum Recht auf Arbeit bestätigt, die regelmäßig staatliche Maßnahmen zur Förderung der selbständigen Erwerbstätigkeit positiv bewerten<sup>10</sup>.

### 1.2.1 Das „Recht auf Arbeit“ als subjektives Recht

Das Recht auf Arbeit ist ambivalent, da es etwas verspricht, das es so nicht halten kann. Es kann zunächst in zwei Richtungen verstanden werden: als subjektives Recht gegen private Arbeitgeber/innen oder den Staat oder (nur) als Leitlinie für eine entsprechende Beschäftigungspolitik. Davon hängt ab, welche konkreten Verpflichtungen die Staaten treffen, die die einschlägigen völkerrechtlichen Verträge ratifiziert haben.

Als Adressat eines Rechts auf Arbeit kann im marktwirtschaftlichen System der Bundesrepublik Deutschland nur der Staat in Betracht kommen. Ein Anspruch auf einen ganz bestimmten Arbeitsplatz gegenüber privaten Arbeitgeber/innen würde eine Grundlage des Zivilrechtssystems, die Vertragsfreiheit, zugunsten eines Kontrahierungszwangs aufheben und damit in ein planwirtschaftliches System führen. Entsprechend war das Recht auf Arbeit in den ehemaligen sozialistischen Staaten als Anspruch auf einen Arbeitsplatz verstanden worden.

Aber auch der Staat als Adressat eines individuellen Anspruchs auf einen konkreten Arbeitsplatz stünde vor unlöslichen Problemen. Sein politischer Bewegungsspielraum wäre auf das Ziel der Vollbeschäftigung hin eingeschränkt. Er müsste auch bei leeren Staatskassen in seinem Einflussbereich den erreichten Beschäftigungsstand halten, gegebenenfalls sogar neue Stellen schaffen. Diese einseitige Ausrichtung an einem Politikziel wäre schon wirtschaftlich nicht leistbar, da sich der Staat in Zeiten, da seine Einnahmen zurückgehen, auch aufgrund der EU-Verpflichtungen zur Einhaltung von Stabilitätskriterien nicht nach Belieben verschulden darf. Darüber hinaus würde eine derartige Konzentration auf ein Ziel rasch an verfassungsrechtliche Schranken stoßen<sup>11</sup>.

Auch das Anspruchsobjekt eines subjektiven Rechts auf Arbeit ist schwer zu bestimmen. Auf welche Art von Arbeit soll sich das Recht beziehen? Auf eine der Qualifikation entsprechende oder nur auf eine die Existenz sichernde Arbeit? Hier befinden wir uns bereits mitten im positiven Recht der Bundesrepublik Deutschland, dem Arbeitslosenrecht, geregelt im Sozialgesetzbuch III (SGB III). Inwieweit dieser Rechtsbereich für die Umsetzung der internationalen Gewährleistung eines Rechts auf Arbeit eine Rolle spielt, wird noch zu zeigen sein<sup>12</sup>.

Es bleibt also festzuhalten: Adressat des Rechts auf Arbeit kann nur der Staat sein. Das Recht auf Arbeit ist aber nicht als subjektives Recht zu verstehen, da der Staat nur eine begrenzte eigene Verfügungsmacht über Arbeitsplätze hat, die auch nicht beliebig vermehrt werden können. Daher bestimmt das Recht auf Arbeit eher den Orientierungsrahmen für staatliche

<sup>5</sup> Vgl. dazu auch Eide, Asbjørn, Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights, in: Eide/Krause/Rosas (Hrsg.), Economic, Social and Cultural Rights, Dordrecht u.a., 1995, 1. Aufl., S. 21 ff.

<sup>6</sup> Dazu auch Drzewicki, Krzysztof, The Right to Work and Rights in Work, in: Eide/Krause/Rosas (Hrsg.), Economic, Social and Cultural Rights, 2001, 2. Aufl., S. 223 ff.

<sup>7</sup> Negt, Oskar, Arbeit und menschliche Würde, 2002, S. 10.

<sup>8</sup> BMA 2001, 177.

<sup>9</sup> Bezüge zum Problem Zwangsarbeit siehe unten 2.1.3 a)bb)(2).

<sup>10</sup> Dazu genauer unten 3.3.

<sup>11</sup> Riedel, Eibe, Theorie der Menschenrechtsstandards, 1986, S. 362.

<sup>12</sup> Siehe unten 3.2.1 und 3.2.3.



Beschäftigungspolitik. Daneben stellt sich die Frage, ob der Staat auch verpflichtet ist, bei der gesamten Gesetzgebung das Ziel der Beschäftigungsförderung zu berücksichtigen. Das spielt für viele Rechtsgebiete eine Rolle, genannt sei zum Beispiel das Steuerrecht. In der vorliegenden Untersuchung wird aber nur das Arbeitsrecht angesprochen.

Schließlich ist zu bedenken, dass ein individuell verstandenes Recht auf Arbeit in die Tarifautonomie eingreifen würde, da die Tarifpartner Bindungen, zum Beispiel zur Lohnhöhe, unterworfen werden müssten<sup>13</sup>.

### 1.2.2 „Recht auf Arbeit“ versus „Recht in der Arbeit“

Eine Trennung zwischen dem Recht auf Arbeit und Rechten in der Arbeit ist vorschnell, sofern daraus die Schlussfolgerung gezogen wird, dass die Rechte in der Arbeit, also die Rechtsmaterie, die mit „Arbeitsrecht“ umschrieben ist, für die Überlegungen zum Recht auf Arbeit ausgeklammert werden können. Diese Perspektive nimmt das Recht auf Arbeit als vorgelagert wahr, da es Rechte in der Arbeit nur geben kann für Menschen, die Arbeit haben.

Das ist zwar auf den ersten Blick plausibel, weil Rechte in der Arbeit nur so viele Arbeitsplätze erfassen können, wie nach der Wirtschaftslage bereitgestellt werden können. Schon eine Diskussion aber, wie sie aktuell um die Reform des arbeitsrechtlichen Kündigungsrechts geführt wird, zeigt, dass arbeitsrechtliche Regeln offenbar beschäftigungsfördernde oder auch -behindernde Wirkungen haben können bzw. so wahrgenommen werden.

Die Ausgestaltung des Rechtsrahmens für Beschäftigung, das Arbeitsrecht, hat also einen erheblichen Einfluss auf die Umsetzung des Rechts auf Arbeit selbst. So wird zum Teil das Arbeitsrecht als Arbeitnehmerschutzrecht insgesamt als Beschäftigungsbremse qualifiziert. Das Dilemma, das daraus folgt, ist offensichtlich: Wenn Arbeitsrecht beschäftigungshemmend wirken kann, soll es dann zugunsten einer besseren Realisierung des Rechts auf Arbeit eingeschränkt werden? Dass diese Schlussfolgerung kontraproduktiv ist, zeigt

allein schon die Existenz und inhaltliche Arbeit der Internationalen Arbeitsorganisation in Genf, die seit den zwanziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts Mindeststandards für Arbeitsbedingungen ausarbeitet. Das eine darf gegen das andere also nicht ausgespielt werden. Beim Recht auf Arbeit geht es nicht um irgendeine Arbeit, sondern um eine menschenwürdige. Dafür liefert die ILO Minimalstandards, von denen die Staaten nach oben abweichen dürfen.

Das Recht auf Arbeit und Rechte in der Arbeit sind also keine Gegensätze, sondern sie ergänzen sich. Für die vorliegende Untersuchung zum „Recht auf Arbeit“ folgt daraus, dass bei der Frage der Umsetzung des Rechts auf Arbeit in Deutschland auch das Arbeitsrecht in den Blick genommen werden muss.

### 1.2.3 „Recht auf Arbeit“ versus „Recht zur Arbeit“, „Recht am Arbeitsplatz“ und „Recht auf Beschäftigung“

In der arbeitsrechtlichen Literatur führen noch weitere Kategorien von Rechten an der Arbeit zu Abgrenzungsproblemen. Zum einen geht es um das „Recht zur Arbeit“<sup>14</sup>. Damit ist im Gegensatz zum Recht auf Arbeit die Berufsfreiheit des Art. 12 I GG gemeint, wonach alle Deutschen das Recht haben, einen Beruf frei zu wählen und auszuüben. Um einen Anspruch auf einen bestimmten Arbeitsplatz oder überhaupt auf einen Arbeitsplatz geht es bei Art. 12 GG nicht.

Beim „Recht auf Beschäftigung“ dagegen handelt es sich um einen privatrechtlichen, aus dem schon bestehenden Arbeitsvertrag folgenden Anspruch gegen den/die Arbeitgeber/in. Der/die hat die Pflicht, den/die Arbeitnehmer/in entsprechend der vereinbarten Tätigkeit nicht nur zu entlohnen, sondern auch tatsächlich zu beschäftigen. Hierher gehört zum Beispiel der Fall eines Regierungsdirektors, der nur 240 Stunden im Jahr beschäftigt wurde und erfolgreich vor dem Verwaltungsgericht gegen seinen Arbeitgeber klagte, ihn „angemessen zu beschäftigen“. Überschieden war der entsprechende Pressebericht mit dem irreführenden Titel „Leitender Beamter hat ein Recht auf Arbeit“<sup>15</sup>. Aus dem ursprünglich umstrittenen, mittlerweile anerkannten Beschäftigungsanspruch kann im übrigen

auch der Wandel des Wertes der Arbeit von der reinen Existenzsicherung zur „Sinnsicherung“ abgelesen werden.

Nach wie vor umstritten und im Ergebnis abzulehnen ist ein „Recht am Arbeitsplatz“. Der Bedeutung der Berufsarbeit für den Einzelnen entsprechend, wird zum Teil ein Recht am Arbeitsplatz als absolutes Recht im Sinne der Schadensersatznorm des § 823 I BGB angenommen. Damit wäre der Arbeitsplatz geschützt wie andere Rechtsgüter des § 823 BGB. Die Folge wäre, dass die Verletzung eines solchen Rechts zu Schadensersatzansprüchen gegen den/die Verletzer/in führen würde. Denkbar sind Fälle wie der eines/r arbeitswilligen Arbeitnehmer/s/in gegen die Streikenden, wenn der Streik rechtswidrig war. Diese Konstellation ist nicht abwegig. In Frankreich gibt es solche Fälle<sup>16</sup>. Wegen der unabsehbaren Konsequenzen eines derartigen Anspruchs hat das Bundesarbeitsgericht ihn zwar nicht von vornherein ausgeschlossen<sup>17</sup>, sich in einem jüngeren Fall aber eher ablehnend geäußert. Allerdings hat es die Frage für den konkreten Fall offen lassen können<sup>18</sup>.

## 1.3 Die historische Entwicklung des Rechts auf Arbeit

Seit der französischen Revolution von 1789 ist die Normierung eines „Rechts auf Arbeit“ immer wieder gefordert worden, weil nach der Abschaffung des Feudalismus erstmals Arbeitslosigkeit nach unserem heutigen Verständnis bei arbeitslosen Landarbeitern und Handwerkern aufgetreten ist<sup>19</sup>.

Das Recht wurde zunächst in der Februar-Revolution 1848 in Frankreich in Gestalt eines Anspruchs auf Beschäftigung in so genannten „ateliers nationaux“ umgesetzt, es scheiterte aber umgehend wegen des großen Andrangs von Arbeitslosen am eigentlichen Problem eines Rechts auf Arbeit: an der praktischen Umsetzung. Auch Karl Marx hatte das früh erkannt und im Recht auf Arbeit eine „erste unbeholfene Formel“ für die Ansprüche des Proletariats gesehen<sup>20</sup>, die erst noch konkretisiert werden müsste.

Die erstarkenden Gewerkschaften konzentrierten sich dann in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts mehr auf die eigene Durchsetzungsmacht durch Koalitionsfreiheit und Streikfreiheit, schließlich auch durch den Abschluss von Tarifverträgen. Die verfassungspolitische Forderung nach einem „Recht auf Arbeit“ erhoben sie nicht, zumal dessen Konturen im Laufe der Jahrzehnte verschwommen blieben und von der traditionellen Armenfürsorge über die neue soziale Sicherung für Arbeitnehmer/innen bis zu staatlicher Arbeitsmarktpolitik reichten<sup>21</sup>. Diese drei Elemente des „Rechts auf Arbeit“ wurden in der Weimarer Reichsverfassung ausdrücklich normiert (Art. 163 II 2; Art. 157, 158, 161; Art. 163 II 1), aber nicht als verbindliche Normen, sondern als Staatsziele verstanden.

Die nationalsozialistische Arbeitsverfassung proklamierte dann zwar ein Recht auf Arbeit für alle und profitierte vom allgemeinen konjunkturellen Aufschwung jener Jahre<sup>22</sup>. Die Arbeitslosenzahlen konnten wegen der umfangreichen Kriegsproduktion bis 1938 auch reduziert werden; aus einem Recht auf Arbeit wurde aber dann ein Zwangssystem mit Dienstverpflichtungen und Kündigungsverboten.

Insgesamt fällt auf, dass, historisch betrachtet, das Recht auf Arbeit immer im Zusammenhang mit großen politischen und wirtschaftlichen Umwälzungen thematisiert wurde, sei es in Revolutionsjahren oder beim Neubeginn mit der Weimarer Reichsverfassung.

## 1.4. Das Recht auf Arbeit im deutschen Verfassungsrecht

### 1.4.1 Grundgesetz

Die Weimarer Reichsverfassung hatte in Art. 163 noch ein Recht auf Arbeit anerkannt, allerdings auch eine Pflicht zur Arbeit vorgesehen.

Das Grundgesetz garantiert in Art. 12 zwar die freie Wahl von Beruf und Ausbildungsplatz, formuliert aber, anders als die französische oder die italienische

<sup>13</sup> Als Gefahr sieht das auch *Kempen, Otto*, Die Zweiseitigkeit des Rechts auf Arbeit – Reflexionen über eine wenig reflektierte Forderung, in: *Däubler, Wolfgang* (Hrsg.) Arbeit und Recht: Festschrift für Albert Gnade, 1992, S. 57 ff.

<sup>14</sup> So die Formulierung von *Fenn, Herbert*, (siehe Fn.2), S. 27.

<sup>15</sup> *Süddeutsche Zeitung* (SZ), 4.4.2003.

<sup>16</sup> Mit weiteren Nachweisen *Gamillscheg, Franz*, Arbeitsrecht I, 2000, 8. Aufl., S. 116.

<sup>17</sup> BAG, Neue juristische Wochenschrift (NJW) 1971, 480.

<sup>18</sup> BAG, Neue juristische Wochenschrift (NJW) 1999, 164, 165.

<sup>19</sup> *Kempen, Otto*, Die Zweiseitigkeit des Rechts auf Arbeit, (siehe Fn. 13) S. 59.

<sup>20</sup> Zitiert nach *Däubler, Wolfgang*, Das Arbeitsrecht 2, 1998, S. 69.

<sup>21</sup> ebd., S. 65.

<sup>22</sup> *Mottek, Hans*, Wirtschaftsgeschichte Deutschlands, Bd. III, Berlin 1974, S. 319.

Verfassung kein „Recht auf Arbeit“. Entsprechend hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) schon 1964 festgestellt, Art. 12 GG gewähre „keinen Anspruch darauf, im erwählten Beruf Beschäftigung zu finden“. Vielmehr müsse der/die Einzelne das mit der Berufswahl verbundene Risiko selbst tragen, da es sich dabei um seine/ihre freie Entscheidung handele, denn „sonst stagnieren der freie Wettbewerb und die freie Wirtschaft“<sup>23</sup>. Bei dieser Auslegung des Art. 12 GG ist es bis heute geblieben<sup>24</sup>, sodass aus dem Grundgesetz ein Recht auf Arbeit nicht herleitbar ist. Das hat auch das Bundesverfassungsgericht bestätigt<sup>25</sup>.

Zu Beginn der neunziger Jahre wurde allerdings die Aufnahme eines „Rechts auf Arbeit“ in das Grundgesetz diskutiert<sup>26</sup>. Art. 5 des Einigungsvertrages vom 31.8.1990 hatte den gesetzgebenden Körperschaften aufgegeben, sich mit der Aufnahme von Staatszielbestimmungen in das Grundgesetz zu befassen. Der Deutsche Gewerkschaftsbund (DGB) hatte daraus in seinen „Verfassungspolitischen Leitlinien zu einer gesamtdeutschen Verfassung“ 1992 insbesondere die Aufnahme des „Rechts auf Arbeit“ als Staatsziel in das Grundgesetz gefordert.

Eine unerwünschte Nebenfolge wurde dabei nicht berücksichtigt: der zu erwartende erhöhte staatliche Druck auf die Tarifpolitik mit dem Ziel, Tarifverträge so auszugestalten, dass Beschäftigung gefördert wird<sup>27</sup>.

Nach zweijährigen Beratungen wurde schließlich zwar das Staatsziel Umweltschutz, nicht jedoch das Recht auf Arbeit ins Grundgesetz aufgenommen. Es hat aber bei der Landesverfassungsgebung in den neuen Bundesländern eine große Rolle gespielt<sup>28</sup>. Für das Grundgesetz hat das Bundesverfassungsgericht aus dem Sozialstaatsgebot des Art. 20 I GG Teilaspekte eines Rechts auf Arbeit abgeleitet. So entnimmt es dem Sozialstaatsgebot die Verpflichtung zur Gewährung des Existenzminimums<sup>29</sup>, der sozialen Sicherung der Beschäftigten<sup>30</sup> und auch der Beteiligungsmöglichkeiten der Beschäftigten am Arbeitsplatz<sup>31</sup>. Allgemein wird man zwar sagen können, dass die Verpflichtung auf den

sozialen Rechtsstaat die Verpflichtung des Staates einschließt, alle Anstrengungen zu unternehmen, Arbeitslosigkeit zu vermeiden<sup>32</sup>. Entsprechend hat das Bundesverfassungsgericht in einer jüngeren Entscheidung festgestellt, „das Ziel, Massenarbeitslosigkeit zu bekämpfen, hat aufgrund des Sozialstaatsprinzips Verfassungsrang“<sup>33</sup>.

Wie Arbeitslosigkeit aber vermieden werden kann, ist Gegenstand der staatlichen Arbeitsmarktpolitik, die in ihrer konkreten Ausgestaltung nicht unter dem Gesichtspunkt des Sozialstaatsprinzips betrachtet werden kann. Außerdem enthält das Sozialstaatsprinzip nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts „infolge seiner Weite und Unbestimmtheit regelmäßig keine unmittelbaren Handlungsanweisungen, die durch die Gerichte ohne gesetzliche Grundlage in einfaches Recht umgesetzt werden können“<sup>34</sup>. Das Bundesverfassungsgericht deutet den Aspekt „sozial“ als Staatszielbestimmung und nicht, wie die Grundrechte, als subjektiv öffentliches Recht, weshalb der Gesetzgeber ein weites Ermessen bei der Verwirklichung des Sozialstaatsprinzips hat<sup>35</sup>.

Deshalb folgt aus dem Sozialstaatsgebot schon gar kein verfassungsrechtliches Gebot staatlicher Vollbeschäftigungspolitik, zumal das Grundgesetz unstreitig die Entscheidung über eine bestimmte Wirtschaftspolitik offen lässt.

#### 1.4.2 Länderverfassungen

Anders sieht es mit einem ausdrücklichen „Recht auf Arbeit“ bei einer Reihe von Länderverfassungen aus. Alle Verfassungen der alten Bundesländer mit Ausnahme von Schleswig-Holstein, Niedersachsen und Baden-Württemberg, die keinen eigenen Grundrechtskatalog enthalten, sondern auf die Grundrechte des GG verweisen, haben nach dem zweiten Weltkrieg ein „Grundrecht auf Arbeit“ aufgenommen, wenn auch mit unterschiedlicher Ausprägung.

Am konkretesten ist Art. 13 I der **Berliner Verfassung** ausgestaltet. Dort heißt es:

*„Jedermann hat das Recht auf Arbeit. Dieses Recht ist durch eine Politik der Vollbeschäftigung und Wirtschaftslenkung zu verwirklichen. Wenn Arbeit nicht nachgewiesen werden kann, besteht Anspruch auf Unterhalt aus öffentlichen Mitteln.“*

Hier wird das Problem der Umsetzung eines Rechtes auf Arbeit mit einbezogen, ähnlich wie in der **Bremer Verfassung**, wo einerseits in Art. 8 I das Recht auf Arbeit gewährleistet und andererseits in Art. 49 II den Staat verpflichtet, „geeignete Maßnahmen zu treffen, dass jeder, der auf Arbeit angewiesen ist, durch Arbeit seinen Lebensunterhalt erwerben kann“. In den anderen Landesverfassungen ist lediglich das Recht auf Arbeit als solches geregelt oder, wie in der Hamburger Verfassung, nur in der Präambel die „Arbeitskraft dem Schutz des Staates“ unterstellt:

- NRW Art. 24 I
- Hessen Art. 28 II
- Bayern Art. 166
- Saarland Art. 45
- Rheinland-Pfalz Art. 53

Nach 1990 wurde auch in den neuen Bundesländern ein Recht auf Arbeit als Staatsziel in die Landesverfassungen aufgenommen, am deutlichsten in Art. 48 I der Verfassung des Landes Brandenburg, der auch Umsetzungsregelungen enthält<sup>36</sup>. Es herrscht zwar weitgehend Einigkeit darüber, dass das Recht auf Arbeit in den Landesverfassungen nicht gegen das Grundgesetz verstößt<sup>37</sup>, es kann aber schon deshalb nicht als Konkretisierung oder Auslegungshilfe des grundgesetzlichen Sozialstaatsprinzips verstanden werden, weil das Grundgesetz als Bundesrecht Vorrang hat und dort das Prinzip der neutralen Wirtschafts- und Arbeitsverfassung verankert ist<sup>38</sup>.

Die praktische Bedeutung der entsprechenden Bestimmungen in den Länderverfassungen ist gering, weil sie sowohl von der Rechtsprechung als auch von der Literatur als reine Programmsätze angesehen

werden. Das entspricht auch den Formulierungen der meisten Verfassungen der neuen Bundesländer, die das „Recht auf Arbeit“ als Staatsziel festlegen. So heißt es in Art. 17 I der Verfassung von Mecklenburg-Vorpommern: *„Das Land trägt zur Erhaltung und Schaffung von Arbeitsplätzen bei. Es sichert im Rahmen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts einen hohen Beschäftigungsstand.“*

Die sächsische Verfassung erkennt in Art. 7 I *„das Recht eines jeden Menschen auf ein menschenwürdiges Dasein, insbesondere auf Arbeit, auf angemessenen Wohnraum, auf angemessenen Lebensunterhalt, auf soziale Sicherung und auf Bildung, als Staatsziel an“*.

Sachsen-Anhalt formuliert in Art. 39 I seiner Verfassung: *„Allen die Möglichkeit zu geben, ihren Lebensstandard durch eine frei gewählte Arbeit zu verdienen, ist dauernde Aufgabe des Landes und der Kommunen.“*

Auch die thüringische Verfassung begreift das Recht auf Arbeit in Art. 36 als Staatsziel: *„Es ist ständige Aufgabe des Freistaats, jedem die Möglichkeit zu schaffen, seinen Lebensunterhalt durch frei gewählte und dauerhafte Arbeit zu verdienen. Zur Verwirklichung dieses Staatsziels ergreifen das Land und seine Gebietskörperschaften insbesondere Maßnahmen der Wirtschafts- und Arbeitsförderung, der beruflichen Weiterbildung und der Umschulung.“*

Das Recht auf Arbeit in den Verfassungen kann also zwar als politisches Argument für eine effizientere Beschäftigungspolitik herangezogen werden, nicht aber als Rechtsgrundlage für durchsetzbare Rechtsansprüche<sup>39</sup>. Folge davon ist, dass die Verletzung dieses Programmsatzes sanktionslos bleibt.

Die weitgehende Akzeptanz dieser Sichtweise hat auch damit zu tun, dass die Bundesländer ohnehin nur sehr begrenzte Kompetenzen und Mittel für die Schaffung von Arbeitsplätzen haben.

<sup>23</sup> BAG, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1964, 1921.

<sup>24</sup> Vgl. Däubler, Wolfgang, Das Arbeitsrecht 2, 1998, S. 75, Anm. 85.

<sup>25</sup> BVerfGE 84, 133, 146 f.

<sup>26</sup> Dazu unter anderem Scholz, Rupert, Arbeitsverfassung, Grundgesetzreform und Landesverfassungsrecht, Recht der Arbeit (RdA) 1993, 249 ff.

<sup>27</sup> Kempen, Otto, (siehe Fn. 13) S. 74.

<sup>28</sup> Dazu unten 1.4.2.

<sup>29</sup> BVerfGE 1, 97, 104 f.; 40, 21, 133.

<sup>30</sup> BVerfGE 11, 105, 112.

<sup>31</sup> BVerfGE 5, 85, 206; 19, 303, 319.

<sup>32</sup> So auch Gamillscheg, Franz, Arbeitsrecht I, 2000, 8. Aufl., S. 115.

<sup>33</sup> BVerfG 3.4.2001, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2001, 777, 779.

<sup>35</sup> BVerfGE 65, 182 ff., 193.

<sup>36</sup> Art. 48 I: „Das Land ist verpflichtet, im Rahmen seiner Kräfte durch eine Politik der Vollbeschäftigung und Arbeitsförderung für die Verwirklichung des Rechts auf Arbeit zu sorgen, welches das Recht jedes Einzelnen umfasst, seinen Lebensunterhalt durch frei gewählte Arbeit zu verdienen.“

Art. 48 II: „Unentgeltliche Berufsberatung und Arbeitsvermittlung werden gewährleistet. Soweit eine angemessene Arbeitsgelegenheit nicht nachgewiesen werden kann, besteht Anspruch auf Umschulung, berufliche Weiterbildung und Unterhalt ...“.

<sup>37</sup> Vgl. Däubler, Wolfgang, Das Arbeitsrecht 2, 1998, S. 77, Anm. 92; a.A. Scholz, Rupert, Arbeitsverfassung, Grundgesetzreform und Landesverfassungsrecht, Recht der Arbeit (RdA) 1993, S. 249 ff.

<sup>38</sup> Scholz, Rupert, ebd., S. 253.

<sup>39</sup> Vgl. Däubler, Wolfgang, Das Arbeitsrecht 2, 1998, S. 77, Anm. 93.

## 2 Das Recht auf Arbeit in internationalen Rechtsinstrumenten

### 2.1 Internationale Verpflichtungen

#### 2.1.1 Rechtsquellen

Durch die Gründung der Internationalen Arbeitsorganisation (International Labour Organisation – ILO) wurde im Jahre 1919 erstmals auf internationaler Ebene die Bedeutung der Erwerbsarbeit für den einzelnen Menschen einerseits und der Entwicklung sozial gerechter Gesellschaften als Grundlage für eine friedliche weltweite Entwicklung andererseits institutionalisiert. Lange vor den entsprechenden Menschenrechtspakten hat die ILO begonnen, eine internationale Arbeitsgesetzgebung aufzubauen, die bis 1966 – dem Jahr, aus dem der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte stammt –, schon 126 Übereinkommen und Empfehlungen zu zahlreichen arbeits- und sozialrechtlichen Fragestellungen umfasste. Ausdrücklich genannt ist das Recht auf Arbeit in keinem der Übereinkommen.

Von den etwa 50 Verträgen und Beschlüssen zu Menschenrechten, die neben den ILO-Rechtsgrundlagen das Thema „Arbeit“ betreffen, enthalten nur wenige ein ausdrückliches „Recht auf Arbeit“. Der wichtigste ist der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 19.12.1966 (IPWSKR), der im Folgenden auch im Mittelpunkt stehen wird.

Die Pakte, die das Recht auf Arbeit ansprechen, definieren es allerdings nicht, sondern geben allenfalls Hinweise zu Umsetzungsstrategien. Deshalb soll in diesem Teil B für jedes der in Fragen kommenden internationalen Instrumente gefragt werden, wie das Recht auf Arbeit jeweils auszulegen ist, auch im Hinblick

darauf, ob sich aus den verschiedenen Rechtsquellen eine einheitliche Interpretation ableiten lässt.

Als Völkerrechtsquellen für das Recht auf Arbeit spielt neben dem Vertragsrecht das so genannte *soft law* eine Rolle. Es wird hier nicht im Einzelnen genannt, sondern bei den vertraglichen Quellen berücksichtigt. Bei diesem „weichen Recht“ handelt es sich um Beschlüsse, Deklarationen und Resolutionen, Absichtserklärungen und Ähnliches, die immer dann abgegeben werden, wenn man sich auf die Schaffung einer Völkerrechtsnorm nicht einigen kann. Die Erklärungen sollen also gerade nicht rechtsverbindlich sein. Bedeutungslos sind sie aber dennoch nicht, weil ihnen oft Tendenzen für die Entstehung neuer Normen entnommen werden können und sich die Staaten zum Teil auch schon ohne rechtliche Verbindlichkeit daran halten<sup>40</sup>. Außerdem kann dieses *soft law*, ähnlich wie die in Art. 38 I lit. des Statuts des Internationalen Gerichtshofs (IGH-Statut) genannten Rechtserkenntnisquellen (richterliche Entscheidungen und Lehrmeinungen) für die Auslegung der völkerrechtlichen Normen herangezogen werden. Deshalb soll wegen ihrer Bedeutung mit einer rechtlich unverbindlichen Erklärung begonnen werden.

#### 2.1.2 Art. 23 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte

Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (AEMR) wurde als erstes Menschenrechtsinstrument am 10.12.1948 von der Generalversammlung der Vereinten Nationen (UN) angenommen<sup>41</sup>. Zur historischen Bedeutung der Deklaration hat vor allem bei-

getragen, dass neben bürgerlichen und politischen Rechten auch wirtschaftliche, soziale und kulturelle Menschenrechte (Art. 22–27) aufgenommen wurden. Als Resolution der Generalversammlung ist die Menschenrechtsdeklaration zwar nicht völkerrechtlich verbindlich, denn nach Art. 11–14 UN-Charta haben Entschlüsse der Generalversammlung nur den Charakter von Empfehlungen. Es handelt sich bei der Menschenrechtsdeklaration also um einen Appell, der keine justiziablen Rechte einräumt. Aber als menschenrechtliches Grundsatzdokument spielt sie als Auslegungshilfe für alle einzelnen Übereinkommen eine Rolle<sup>42</sup>.

Das Recht auf Arbeit ist eines der zentralen wirtschaftlichen Menschenrechte. In Art. 23 der Menschenrechtsrechtserklärung wurde es zuerst formuliert:

*1. Jeder Mensch hat das Recht auf Arbeit, auf freie Berufswahl, auf angemessene und befriedigende Arbeitsbedingungen sowie auf Schutz gegen Arbeitslosigkeit...*

Dabei geht Art. 23 dem Problem aus dem Weg, wie der Staat den Anspruch seiner Bürger auf Verschaffung von Arbeit erfüllen soll, ohne durch die Einschränkung der Freiheit der Arbeitsplatzwahl in andere Menschenrechte einzugreifen, indem das Recht auf Arbeit gleichzeitig mit der freien Wahl des Arbeitsplatzes proklamiert wird<sup>43</sup>.

#### 2.1.3 Der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte<sup>44</sup>

Der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPWSKR) ist von zentraler Bedeutung für diese Untersuchung. Zusammen mit dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPBPR) ist er das wichtigste Instrument des universellen Menschenrechtsschutzes, das einen großen Teil der in der AEMR formulierten Menschenrechte in völkerrechtlich verbindliche Vertragspflichten transformiert. Mit der Ratifizierung gehen die Staaten nicht nur die üblichen zwischenstaatlichen Verpflichtungen ein, sondern räumen ihren Bürgern auch unmittelbar die im Pakt gewährten Rechte ein. Allerdings sind die beiden Pakte unterschiedlich ausgestaltet. Die Freiheitsrechte des IPBPR stellen unmittelbar

auf das Recht des Einzelnen ab, das heißt gewähren Individualansprüche gegen einen Staat. Dies wird durch das Zusatzprotokoll zum IPBPR untermauert, das ein Verfahren für Individualbeschwerden vorsieht<sup>45</sup>. Dagegen betont der IPWSKR die Verpflichtung der Staaten. Formuliert der IPBPR: *“everyone shall have the right ...”*, so heißt es beim IPWSKR: *“The State Parties to the present Covenant recognize the right of everyone ...”*. Die Verpflichtung der Staaten ergibt sich insbesondere auch aus Art. 2 I IPWSKR, wonach die Vertragsstaaten die volle Verwirklichung der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte (WSK-Rechte) *„nach und nach mit allen geeigneten Mitteln, vor allem durch gesetzgeberische Maßnahmen“*, zu erreichen haben.

Entsprechend heißt es auch in Art. 6 zum Recht auf Arbeit, dass die Vertragsstaaten dieses Recht anerkennen und geeignete Schritte zu seinem Schutz unternehmen:

*(1) „Die Vertragsparteien erkennen das Recht auf Arbeit an, welches das Recht jedes Einzelnen auf die Möglichkeit, seinen Lebensunterhalt durch frei gewählte oder angenommene Arbeit zu verdienen, umfasst, und unternehmen geeignete Schritte zum Schutz dieses Rechts.“*

*(2) Die von einem Vertragsstaat zur vollen Verwirklichung dieses Rechts zu unternehmenden Schritte umfassen fachliche und berufliche Beratung und Ausbildungsprogramme sowie die Festlegung von Grundsätzen und Verfahren zur Erzielung einer stetigen wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Entwicklung und einer produktiven Vollbeschäftigung unter Bedingungen, welche die politischen und wirtschaftlichen Grundfreiheiten des Einzelnen schützen.“*

#### a) Inhalt des Art. 6 IPWSKR

##### aa) Persönlicher Geltungsbereich

Nach dem Wortlaut des Art. 6 I IPWSKR hat „jeder einzelne“ ein Recht auf Arbeit, sodass der persönliche Geltungsbereich der Regelung umfassend zu sein scheint. Folglich wird zum Teil auch angenommen, dass der persönliche Geltungsbereich des Rechts auf

<sup>40</sup> Vgl. zum Beispiel zur arbeitsrechtlichen Situation in Südafrika vor der Abschaffung der Apartheid: Körner-Dammann, Marita, Bedeutung und faktische Wirkung von ILO-Standards, Baden-Baden 1991, insbes. S. 89 ff.

<sup>41</sup> Zur Arbeit der Menschenrechtskommission Samnøy, Ashild, Human Rights as International Consensus. The Making of the Universal Declaration of Human Rights 1945–1948, Bergen, 1993.

<sup>42</sup> Zum Teil wird sogar angenommen, dass Teile der Deklaration durch die Praxis der UN-Organen und der Mitgliedstaaten zu Gewohnheitsrecht geworden sind, Verdross, Alfred / Simma, Bruno, Universelles Völkerrecht, 1984, 3. Aufl., § 1234.

<sup>43</sup> Zum Problem, dass aus dem Recht auf Arbeit keine Einschränkung der Freiheit der Wahl des Arbeitsplatzes herausgelesen werden kann, schon Partsch, Karl Josef, Internationale Grundrechte der Arbeit, Recht der Arbeit (RdA) 1951, 361, 362.

<sup>44</sup> BGBl. 1973 II S. 1570.

<sup>45</sup> GA Res. 2200 XXI (1966).



Arbeit für alle Menschen gilt, die sich im Hoheitsgebiet eines Vertragsstaates aufhalten, unabhängig von der Dauer und Art ihres Aufenthaltes<sup>46</sup>.

Allerdings war schon bei der Ausarbeitung des WSK-Paktes umstritten, ob das Recht auf Arbeit nur den Staatsangehörigen zustehen sollte<sup>47</sup>. Vergleicht man den Sozialpakt mit dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPBPR), so wird deutlich, dass zwischen Rechten mit beschränktem persönlichen Geltungsbereich und Rechten, die für jede/n gelten sollen, unterschieden wird. So gilt Art. 13 IPBPR (Verfahrensrechte bei der Ausweisung) nur für Menschen mit ausländischer Staatsangehörigkeit, Art. 25 IPBPR (Rechte auf Teilnahme am politischen Leben) nur für Staatsangehörige. Art. 6 I IPWSKR ist also ein Recht, das jede/r hat. Dafür spricht auch Art. 2 III IPWSKR, der Entwicklungsländern erlaubt, die wirtschaftlichen Rechte des Paktes auf Staatsangehörige einzuschränken<sup>48</sup>, also auch das Recht auf Arbeit, das zu den wirtschaftlichen Rechten gehört. Für die anderen Vertragsstaaten gilt dann aber, dass eine Einschränkung auf Staatsangehörige gerade nicht gewollt war<sup>49</sup>.

Jedoch wird in der Literatur die Auffassung vertreten, dass gerade das Diskriminierungsverbot des Art. 2 II IPWSKR<sup>50</sup> die Einschränkung von Paktrechten auf Staatsangehörige erlaube, weil bei der Aufzählung der Diskriminierungsverbote die Staatsangehörigkeit nicht genannt ist<sup>51</sup>. Die „nationale Herkunft“ ist zwar aufgeführt, ist aber nicht mit Staatsangehörigkeit gleichzusetzen, da sie nicht den rechtlichen Status, sondern die Abstammung einer Person meint<sup>52</sup> und sich daher vor allem auf nationale Minderheiten in einem Staat bezieht, die durchaus dessen Staatsangehörigkeit innehaben können.

Die Staatsangehörigkeit unterfällt aber dennoch dem Diskriminierungsverbot, da Art. 2 II IPWSKR die Gründe

für Diskriminierungsverbote nicht abschließend nennt, sondern auch eine Diskriminierung aufgrund „des sonstigen Status“ verbietet<sup>53</sup>.

Allerdings ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte des Paktes, dass das Diskriminierungsverbot nicht schrankenlos sein sollte. Das ursprünglich geplante Verbot einer „distinction“ – Ungleichbehandlung – wurde durch „discrimination“ ersetzt, um deutlich zu machen, dass nicht jede, sondern nur eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung eine Verletzung des Paktes darstellen sollte<sup>54</sup>. Daraus ergibt sich aber auch, dass eine Ungleichbehandlung jedenfalls einen Eingriff in Paktrechte bedeutet, der durch Sachgründe gerechtfertigt sein muss. Eine grundsätzliche Einschränkung des persönlichen Anwendungsbereiches des Art. 6 IPWSKR auf Staatsangehörige kann daraus aber nicht abgelesen werden.

Aus einer späteren Staatenpraxis nach Art. 31 III b der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVRK) könnte sich aber eine einschränkende Auslegung des Art. 6 I IPWSKR ergeben. Dafür gibt es zwei Anhaltspunkte.

Zum einen hat die Generalversammlung in einer 1985 abgegebenen Erklärung zu den Menschenrechten von Personen, die nicht Staatsangehörige des Landes sind, in dem sie wohnen<sup>55</sup>, nur das Recht auf gerechte Arbeitsbedingungen, nicht aber das Recht auf Arbeit genannt. Daraus ließe sich schlussfolgern, die Mitgliedstaaten würden davon ausgehen, dass Menschen anderer Staatsangehörigkeit kein Recht auf Arbeit haben. Dem widerspricht aber die Erklärung der Generalversammlung selbst, denn deren Art. 2 II stellt ausdrücklich fest, dass weitergehende Rechte von Personen mit ausländischer Staatsangehörigkeit, die in anderen völkerrechtlichen Instrumenten niedergelegt sind, also auch die aus Art. 6 IPWSKR, nicht eingeschränkt werden sollen.

Zum anderen könnte die Praxis vieler Staaten, die Erwerbstätigkeit von Personen, die nicht Staatsangehörige ihres Landes sind, einzuschränken, zu einer Begrenzung des persönlichen Anwendungsbereichs von Art. 6 I IPWSKR durch nachfolgende Übung geführt haben. Dem ist aber nicht so, da schon keine einheitliche Übung zur Beschränkung der Erwerbstätigkeit für diese Menschen besteht<sup>56</sup>. Außerdem wurden die Erwerbsmöglichkeiten von Angehörigen anderer Staaten auch schon vor der Existenz des Sozialpaktes eingeschränkt, sodass es sich nicht um nachfolgende Staatenpraxis handelt, die bei den Arbeiten zum Pakt nicht hätte berücksichtigt werden können.

Schließlich hat die Bundesrepublik Deutschland, anders als zum Beispiel Frankreich und Großbritannien, bei der Ratifizierung des IPWSKR keine Vorbehalte zum persönlichen Anwendungsbereich erklärt, die gemäß § 19 WVRK im Prinzip möglich sind. Folglich ist für Deutschland der Anwendungsbereich des Art. 6 I IPWSKR nicht auf Staatsangehörige beschränkt.

#### bb) Sachlicher Geltungsbereich

Der sachliche Geltungsbereich des Art. 6 IPWSKR umfasst zwei Ebenen: zum einen die Verpflichtung der Staaten, das Recht auf Arbeit zu schützen und das Abwehrrecht auf freie Berufswahl in Absatz 1 des Art. 6; zum anderen in Absatz 2 eine Konkretisierung der Staatenpflichten zur Verwirklichung von Absatz 1.

Zum Begriff der Arbeit kann auf Kapitel 1.2 dieser Studie verwiesen werden<sup>57</sup>, denn schon aus dem Wortlaut von Art. 6 I ergibt sich, dass Arbeit in einem umfassenderen Sinn zu verstehen ist als nur als Mittel zur Sicherung der Lebensgrundlage. Nach Art. 6 I „umfasst“ das Recht auf Arbeit die Sicherung des Lebensunterhalts, geht aber in seiner Gesamtbedeutung darüber hinaus. Allerdings konkretisiert Art. 6 I nur den Aspekt der Lebensunterhaltssicherung, indem der freie Zugang zum Arbeitsmarkt als Voraussetzung für das Recht auf Arbeit angenommen wird.

#### (1) Berufsfreiheit

Die Sicherstellung einer „frei gewählten oder angenommenen Arbeit“ in Art. 6 I IPWSKR entspricht im Wesentlichen der Berufsfreiheit des Art. 12 I GG und bedeutet, dass der Staat Berufs- und Arbeitsverbote, Zulassungsschranken und berufsregelnde Maßnahmen unterlassen muss, sofern sie nicht durch objektive, berufsbezogene Kriterien gerechtfertigt sind. So hat der Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (Sozialausschuss, WSK-Ausschuss)<sup>58</sup> zum Beispiel bei der Prüfung des 2. deutschen Staatenberichts, ebenso wie zuvor schon der ILO-Experten Ausschuss<sup>59</sup>, die Entlassung von Beamten und Beamtinnen der ehemaligen DDR wegen ihrer SED-Mitgliedschaft oder Mitarbeit im Staatssicherheitsdienst als Verstoß gegen deren Recht auf Arbeit gewertet<sup>60</sup>, ohne allerdings zu spezifizieren, ob die Ablehnungskriterien als berufsbezogen gelten konnten und damit zulässig wären.

Berufsfreiheit bedeutet aber im Rahmen des Art. 6 I IPWSKR, wie auch bei Art. 12 GG, nur die Wahl zwischen den vorhandenen Arbeitsplätzen.

#### (2) Arbeitspflichten

##### (a) Pflicht zur Arbeit?

Unterhalb der Schwelle der Zwangsarbeit stellt sich Frage, ob das Recht auf Arbeit auch eine Arbeitspflicht umfasst oder ob diese gerade ausgeschlossen ist.

Bei der Ausarbeitung von Art. 6 I IPWSKR gab es Staaten, die eine Arbeitspflicht als Teil des Rechts auf Arbeit befürworteten<sup>61</sup>. Vor allem das francistische Spanien sah ohne eine Arbeitspflicht dem „sozialen Schmarotzertum“ Tür und Tor geöffnet<sup>62</sup>. Auch bei der Ausarbeitung von Art. 23 AEMR war umstritten gewesen, ob das Recht auf Arbeit mit einer allgemeinen Arbeitspflicht zu vereinbaren ist. Ob allein der Wortlaut des Art. 23 AEMR – „Jedermann hat das Recht auf Arbeit, auf freie Berufswahl ...“ eindeutig gegen eine

<sup>46</sup> Dohmes-Ockenfels, Daniela, Die Rechte auf Arbeit und Bildung der Asylbewerber in der Europäischen Union, Berlin 1999, S. 94.

<sup>47</sup> Unter anderem Dänemark hatte vorgeschlagen, Art. 6 auf Staatsangehörige einzuschränken, UN Doc. E/CN.4/542 (1951).

<sup>48</sup> Zur Historie dieser Regelung, die zum Teil für völkerrechtswidrig gehalten wird, vgl. Dohmes-Ockenfels, Daniela (siehe Fn. 46) S. 82 ff.

<sup>49</sup> So auch Tomuschat, Christian, The Right to Work, in: Rosas/Helgesen/Gomien (Hrsg.), Human Rights in a Changing East-West Perspective, New York 1990, S. 174, 188; Craven, Matthew, The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, A Perspective on its Development, Oxford 1995, S. 213.

<sup>50</sup> Dazu unten 2.1.3 b) bb).

<sup>51</sup> Lillich, Richard, The human rights of aliens in contemporary international law, Manchester 1984, S. 47 f.; Elles, Diana, Aliens and Activities of the United Nations in the Field of Human Rights, Revue des Droits de l'Homme 7 (1974), S. 291, 309.

<sup>52</sup> So schon für den Begriff in der AEMR, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/SR.5 (1947), S. 7 ff.

<sup>53</sup> So auch Craven, Matthew, 1995 (s. Fn. 49) S. 168.

<sup>54</sup> Vgl. die umfangreichen Nachweise bei Dohmes-Ockenfels, Daniela (s. Fn. 46) S. 84, Anm. 145.

<sup>55</sup> Declaration on the human rights of individuals who are not nationals of the country in which they live, GA Res. 40/144, UN Doc. A/40/53 (1985/86).

<sup>56</sup> Vgl. nur die auf die Europäische Union bezogene Darstellung von Dohmes-Ockenfels, Daniela (s. Fn. 46) zu den Erwerbsmöglichkeiten von Asylbewerbern, S. 39 ff.

<sup>57</sup> 1.2.

<sup>58</sup> Zu diesem Kontrollorgan siehe unten 2.1.3 d).

<sup>59</sup> Int. Labour Conf. 83 (1996), Rapport III, Partie 4 A, C. 111, Allemagne, § 7 ff.: Der ILO-Experten Ausschuss sah einen Verstoß gegen Art. 1 und 2 des Übereinkommen Nr. 111 über die Diskriminierung im Beruf, da eine Diskriminierung wegen der politischen Gesinnung vorliege.

<sup>60</sup> UN Doc. E/C.12/1993/19, §§ 249, 253.

<sup>61</sup> Craven, Matthew, 1995 (s. Fn. 49) S. 198.

<sup>62</sup> UN Doc. A/C.3/SR.709 (1956), § 30.

die Pflicht auf Arbeit als Teil des Rechts auf Arbeit spricht, wie in der Literatur angenommen<sup>63</sup>, mag dahinstehen. Jedenfalls sind sich die internationalen Überwachungsorgane einig, dass eine allgemeine Arbeitspflicht mit dem Recht auf Arbeit unvereinbar ist<sup>64</sup>.

#### (b) Verbot der Zwangsarbeit

Bei Zwangsarbeit geht es, anders als bei der Arbeitspflicht, nicht um eine allgemeine Pflicht für alle, sondern um Tätigkeiten, die nur einzelnen Personen oder Personengruppen auferlegt werden. Art. 2 des ILO-Übereinkommens über Zwangs- und Pflichtarbeit vom 10.6.1930 definiert sie als „jede Art von Arbeit oder Dienstleistung, die von einer Person unter Androhung irgendeiner Strafe verlangt wird und für die sie sich nicht freiwillig zur Verfügung gestellt hat“.

Das Verbot der Zwangsarbeit ist eindeutiger geregelt. Zwar spricht Art. 6 I IPWSKR sie nicht direkt an; Art. 8 III IPBPR sowie die ILO-Übereinkommen Nr. 29 und Nr. 105 über die Abschaffung der Zwangsarbeit vom 5.6.1957 verbieten sie aber ausdrücklich und können zur Interpretation von Art. 6 I IPWSKR herangezogen werden.

Das führt dazu, dass im Rahmen des IPWSKR die Pflicht zur Leistung bestimmter Arbeiten als zulässige Einschränkung des Rechts auf Arbeit gerechtfertigt sein kann, die auch Art. 2 II a e des ILO-Übereinkommens Nr. 29 vom Zwangsarbeitsverbot ausnimmt. Dazu gehören bestimmte Arbeitspflichten im Rahmen des Militärdienstes, im Katastrophenfall oder Arbeitspflichten, die auf einem Strafurteil basieren.

#### (3) Keine Arbeitsplatzgarantie

Eingangs wurde bereits darauf hingewiesen, dass das Recht auf Arbeit vor allem in freiheitlichen Wirtschaftssystemen nicht bedeuten kann, dass der Staat einen individuellen Arbeitsplatz garantieren muss. Bei der Erarbeitung des IPWSKR war das nicht selbstverständlich. Im Gegenteil wurde zum Teil argumentiert, dass das Recht auf freie Berufswahl gerade auch die Pflicht des Staates umfasse, für einen Arbeitsplatz im frei gewählten Beruf zu sorgen<sup>65</sup>, ohne dass deutlich

geworden wäre, wie der Staat das bewerkstelligen soll. Der Wortlaut des Art. 6 I IPWSKR lässt zwar beide Interpretationen zu; die Mehrheit der Staaten geht aber davon aus, dass das Recht auf Arbeit so nicht zu verstehen ist. Der Vorschlag der damaligen UdSSR auf Aufnahme einer Arbeitsplatzgarantie wurde ausdrücklich abgelehnt<sup>66</sup>.

#### (4) Arbeitsrechtliche Gewährleistungen

Arbeitsrechtliche Regelungen schützen und gestalten das Arbeitsverhältnis, setzen also den Bestand eines Arbeitsvertrages voraus. Es handelt sich dabei folglich, wie oben schon angesprochen<sup>67</sup> um Rechte in der Arbeit. Dagegen ist das Recht auf Arbeit vorgelagert; Arbeitsrecht könnte daher erst zur Anwendung kommen, wenn das Recht auf Arbeit schon verwirklicht wurde. So plausibel dieser Gedankengang erscheinen mag, er greift zu kurz. Zum einen geht es beim Recht auf Arbeit nicht um irgendeine beliebige Arbeit, sondern um eine rechtlich geschützte. Man kann sogar so weit gehen, dass die Pflicht der Staaten, das Recht auf Arbeit zu wahren, beinhaltet, dass sie durch Gesetzgebung die Wahrung dieses Rechts auch zwischen Privatpersonen sicherstellen müssen<sup>68</sup>. Zum anderen ist der zentrale Bereich des Arbeitsrechts, der Kündigungsschutz, nicht nur an der Schnittstelle zwischen dem Recht auf Arbeit und dem Recht in der Arbeit angesiedelt, sondern er kann als Ausfluss des Rechtes auf Arbeit angesehen werden, da dieses Recht inhaltsleer bliebe, wenn grundlose Entlassungen möglich wären<sup>69</sup>.

Die Struktur der Art. 6-9 des IPWSKR stützt diese Interpretation. Während Art. 6 das Recht auf Arbeit schützt, beschäftigen sich die Art. 7-9 mit den Rechten in der Arbeit, wobei sich ihre Struktur im deutschen Arbeits- und Sozialrecht im Wesentlichen wiederfindet: Art. 7 beinhaltet individualarbeitsrechtliche Garantien, Art. 8 verpflichtet die Staaten zu Einhaltung von kollektiven Rechten und Art. 9 betrifft die sozialversicherungsrechtliche Absicherung.

Es fällt auf, dass das wichtigste Schutzrecht des Arbeitnehmers, der Kündigungsschutz, in Art. 7 nicht

enthalten ist. Da der Schutz vor willkürlicher Entlassung aber den zentralen Bereich eines Arbeitsrechtssystems bildet, ist auszuschließen, dass gerade er bei Art. 7-9 unberücksichtigt bleiben sollte, zumal er im Rahmen der ILO von überragender Bedeutung ist. Vielmehr kann daraus geschlossen werden, dass der Kündigungsschutz gar nicht nur als reine arbeitsrechtliche Sicherung angesehen wurde, sondern als unmittelbar aus dem Recht auf Arbeit in Art. 6 IPWSKR folgend. Das bestätigt auch die Arbeit des Sozialausschusses. Wenn auch nur gelegentlich, so hat sich der Ausschuss aber jedenfalls zum Schutz vor willkürlichen Kündigungen geäußert und diesen Schutz als Teil des Rechts auf Arbeit aus Art. 6 I IPWSKR bewertet<sup>70</sup>.

Daraus folgt für den Umfang des Rechts auf Arbeit, dass aus dem Bereich des Arbeitsrechts jedenfalls das Kündigungsschutzrecht eines Staates mit zu berücksichtigen ist<sup>71</sup>, denn von dessen Ausgestaltung hängt ab, inwieweit sich der/die Einzelne auf seinen/ihrer Arbeitsplatz als wesentlichen Faktor seiner/ihrer Existenzsicherung verlassen kann.

#### (5) Beschäftigungspolitik

Beschäftigungspolitik ist der wichtigste Bereich für die Umsetzung des Rechtes auf Arbeit, da es einen individuellen Anspruch auf einen Arbeitsplatz nicht gibt.

##### (a) Vollbeschäftigung

Nach Art. 6 II IPWSKR haben die Staaten eine Politik der Vollbeschäftigung zu verfolgen. Allerdings lässt der Wortlaut keinen Raum für eine Interpretation, dass Vollbeschäftigung garantiert werden muss und damit ein Anspruch des Einzelnen auf einen Arbeitsplatz besteht.

Auch die zu ergreifenden Maßnahmen sind offen. Schon wirtschaftswissenschaftlich ist umstritten, welcher wirtschaftspolitische Weg am ehesten zum Erfolg führt. Von staatsinterventionistischen bis zu neoliberalen Konzepten reicht die Palette der Rezepte. Ein empirischer Nachweis über die besseren Erfolgsaussichten des einen oder anderen Modells ist aber nicht möglich. Daher ist das Handlungsspektrum der Staaten weit gesteckt, ohne dass eine Verletzung des Art. 6 IPWSKR festgestellt werden könnte. Darüber

hinaus berücksichtigt der Sozialausschuss bei der Prüfung der Staatenberichte die wirtschaftliche Entwicklung im jeweiligen Land, was es zusätzlich außerordentlich schwer macht, eine Verletzung der Pflichten aus dem Pakt zu bejahen.

Unter der aus Art. 6 II IPWSKR folgenden Pflicht zur Förderung der Vollbeschäftigung können in Deutschland alle staatlichen Maßnahmen betrachtet werden, die der Arbeitsförderung dienen sollen, also insbesondere die Maßnahmen der aktiven Arbeitsmarktpolitik, aber auch die Ausgestaltung der Arbeitslosenversicherung, die beide im Sozialgesetzbuch III zur Arbeitsförderung und Arbeitslosenversicherung (SGB III) geregelt sind.

##### (b) Berufsberatung und Ausbildungsprogramme

Weiter sind als ausdrückliche Maßnahmen zur Verwirklichung des Rechts auf Arbeit in Art. 6 II IPWSKR fachliche und berufliche Beratung, die auch die Arbeitsvermittlung umfasst, sowie Ausbildungsprogramme genannt. Zur Auslegung dieser beiden Maßnahmen greift der Sozialausschuss auf die einschlägigen ILO-Übereinkommen zurück, da sich die ILO schon lange mit diesen Themen beschäftigt<sup>72</sup>, so z.B. auf ILO-Übereinkommen Nr. 96 über Büros für entgeltliche Arbeitsvermittlung von 1949, wonach nur ausnahmsweise eine kostenpflichtige Arbeitsvermittlung zulässig sein soll. Die Europäische Sozialcharta von 1961 enthält in Art. 1 III eine ähnliche Regelung<sup>73</sup>.

Über die Unentgeltlichkeit der Arbeitsvermittlung trifft Art. 6 IPWSKR allerdings keine Aussage. Aus dem Zweck der Arbeitsvermittlung – Arbeitslose, die sich in der Regel Vermittlungsdienste nicht leisten können, in Arbeit zu bringen – und mit Blick auf das ILO-Übereinkommen Nr. 96 ist Art. 6 IPWSKR so zu lesen, dass jedenfalls auch eine kostenfreie Arbeitsvermittlung angeboten werden muss<sup>74</sup>. Ob es sich um öffentliche oder private Vermittlungsangebote handelt, dürfte dagegen gleichgültig sein.

Auch bei der Berufsausbildung kann zur Auslegung des Art. 6 II IPWSKR auf ILO-Instrumente zurückgegriffen werden. Zum einen gibt es eine Reihe von Empfehlungen zur Berufsausbildung<sup>75</sup>, die aber nicht rechtsverbindlich sind. Zum anderen regelt das ILO-Über-

<sup>63</sup> Källström, Kent, in: Eide, Asbjørn u.a., Universal Declaration of Human Rights: A Commentary, Drammen, 1992, Art. 23, S. 361 f.

<sup>64</sup> UN Doc. E/C.12/1987/5, §§ 155 f. (Sozialausschuss); Int. Labour Conf. 70 (1984), Rapport III, Partie 4 A, C.29, Polen, § 2 (ILO-Experten Ausschuss); zum ESC-Experten Ausschuss siehe Gomien/Harris/Zwaak, Law and practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter, 1996, S. 382 f.

<sup>65</sup> Nachweise bei Dohmes-Ockenfels, Daniela (s. Fn. 46) S. 102, Anm. 239.

<sup>66</sup> Källström, Kent, 1992 (s. Fn. 53) S. 362.

<sup>67</sup> 1.2.2 und 1.2.3.

<sup>68</sup> Drzewicki, Krzysztof, in: Eide/Krause/Rosas, Economic, Social and Cultural Rights, 1995, 1. Aufl., S. 169, 182.

<sup>69</sup> Im Ergebnis so auch Craven, Matthew, 1995 (s. Fn. 49) S. 221; Drzewicki, Krzysztof (siehe Fn. 58) S. 169, 182 f.

<sup>70</sup> Unter anderem UN Doc. E/C.12/1987/5, §§ 30, 155; UN Doc. E/C.12/1/Add.4 (1996), § 31.

<sup>71</sup> Dazu näher unten 3.2.2.

<sup>72</sup> Dazu näher Betten, Lammy, International Labour Law, 1993, S. 361.

<sup>73</sup> Zur ESC siehe unten 2.2.1.

<sup>74</sup> So im Ergebnis auch Dohmes-Ockenfels, Daniela (s. Fn. 46) S. 107.

<sup>75</sup> Vgl. Betten, Lammy (s. Fn. 72) S. 348.

einkommen Nr. 142 über die Berufsberatung und die Berufsausbildung im Rahmen der Erschließung des Arbeitskräftepotentials von 1975, dass Maßnahmen und Programme für die Berufsberatung und die Berufsbildung entwickelt werden müssen, um die Beschäftigung zu fördern. Allerdings hängt auch hier die konkrete Ausgestaltung von den nationalen Bedürfnissen und der wirtschaftlichen Entwicklung ab, so dass Verstöße nur dann eindeutig festzustellen sind, wenn es überhaupt keine Maßnahmen zur Berufsausbildung gibt. Dagegen ist es wiederum unerheblich für die Verwirklichung der Paktrechte, ob die Berufsausbildung öffentlich, privat oder, wie in Deutschland, dual – mit privatem Ausbildungsplatz und öffentlich-rechtlicher Berufsschule – organisiert ist.

Insgesamt aber gilt, dass alle Maßnahmen der staatlichen Berufsförderung eine politische Entscheidung sind und daher, wenn sie an Art. 6 IPWSKR gemessen werden, einem sehr weiten Entscheidungsspielraum unterliegen<sup>76</sup>. Konkrete Verstöße sind deshalb schwer festzustellen.

#### (6) Besondere Beschäftigtengruppen

Zum Recht auf Arbeit allgemein hat sich der Sozialausschuss zwar noch nicht in einem *General Comment* geäußert, aber zu zwei Gruppen, die auf dem Arbeitsmarkt besondere Probleme haben, hat er entsprechende Ausführungen gemacht: zu Behinderten und zu älteren Menschen.

Im *General Comment* Nr. 5 von 1994<sup>77</sup> zu behinderten Menschen hat der Sozialausschuss klargestellt, dass die Staaten positive Maßnahmen ergreifen müssen, um Diskriminierungen zu vermeiden, und hat für die berufliche Rehabilitation ausdrücklich auf das ILO-Übereinkommen Nr. 159 über die berufliche Rehabilitation und die Beschäftigung der Behinderten von 1983 Bezug genommen.

Da gerade ältere Menschen in Zeiten wirtschaftlicher Schwierigkeiten Probleme haben, Arbeit zu finden, hat der Sozialausschuss in seinem *General Comment* Nr. 6 von 1995<sup>78</sup> darauf hingewiesen, dass auch diese Personengruppe besonders vor Diskriminierung geschützt werden muss. In Deutschland wurden in den

letzten Jahren aus persönlichkeitsrechtlicher Perspektive die Altersgrenzen für das Ausscheiden aus dem Erwerbsleben diskutiert<sup>79</sup>. Die Frage war und ist, ob Altersgrenzen, die das Ende des Erwerbslebens mit dem Erreichen eines bestimmten Alters erzwingen, mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Einzelnen aus Art. 2 GG zu vereinbaren sind. Derzeit werden Altersgrenzen im Rahmen des Rentenrechts wieder thematisiert, wenn auch unter umgekehrtem Vorzeichen: Nun geht es um die Frage, ob die im Rentenrecht gesetzlich geregelte Altersgrenze für alle ausgedehnt werden darf.

#### b) Schranken des Rechts auf Arbeit in Art. 2 IPWSKR

Nicht jeder Eingriff in den sachlichen Geltungsbereich des Art. 6 I stellt auch eine Verletzung des Rechts auf Arbeit dar, denn Art. 2 IPWSKR erlaubt Einschränkungen.

Erkennbar ist das nicht auf den ersten Blick, denn nur in Art. 4 IPWSKR ist von „Einschränkungen“ die Rede. Aber auch Art. 2 enthält in Abs. 1 wie auch in Abs. 2 Möglichkeiten, die unvollständige Umsetzung des Art. 6 zu rechtfertigen.

aa) Art. 2 I IPWSKR – Maßnahmen zur Verwirklichung der Paktrechte  
Art. 2 I IPWSKR regelt, wie die materiellen Paktrechte umzusetzen sind. Die Vorschrift lautet:

*„Jeder Vertragsstaat verpflichtet sich, einzeln und durch internationale Hilfe und Zusammenarbeit, insbesondere wirtschaftlicher und technischer Art, unter Ausschöpfung aller seiner Möglichkeiten Maßnahmen zu treffen, um nach und nach mit allen geeigneten Mitteln, vor allem durch gesetzgeberische Maßnahmen, die volle Verwirklichung der in diesem Pakt anerkannten Rechte zu erreichen“.*

Der Auslegung dieser Vorschrift werden im Folgenden zum einen die Limburg Principles<sup>80</sup> zugrunde gelegt, ein Interpretationskatalog, der 1985 von der International Commission of Jurists ausgearbeitet und, obwohl von einer privaten Organisation geschaffen und daher nicht bindend, sogar als UN-Dokument veröf-

fentlicht wurde<sup>81</sup>. Zum anderen wird der dritte *General Comment* des Sozialausschusses herangezogen, der Art. 2 I IPWSKR auslegt<sup>82</sup>.

Art. 2 I IPWSKR erlaubt es den Staaten, die Verpflichtungen aus dem Pakt „nach und nach“, in der englischen Version „progressively“, zu verwirklichen, ein Zugeständnis, das der IPBPR nicht kennt<sup>83</sup>. Dagegen war ursprünglich sogar geplant gewesen, die Maßnahmen zur Umsetzung bei jedem einzelnen Paktrecht anzugeben, was sich aber als undurchführbar erwies.

Die nur progressive Verwirklichung der Rechte des IPWSKR hängt damit zusammen, dass diese Rechte in der Regel staatliche Leistungen erfordern, die von der jeweiligen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Staaten abhängen.

Dabei ist allerdings mit dem Sozialausschuss zwischen drei Verpflichtungsebenen bei der Verwirklichung der Paktrechte zu unterscheiden, in denen jeweils ein Kern an Justiziabilität steckt<sup>84</sup>:

Auf der ersten Ebene geht es um die Achtung der Paktrechte (to respect). Hier muss der Staat durch das Unterlassen staatlicher Eingriffe Paktrechte umsetzen. Die zweite Ebene ist die des Schutzes (to protect). Der Schutz der Paktrechte kann durch Schutzgesetze realisiert werden, zum Beispiel durch das Verbot von willkürlichen Kündigungen.

Erst auf der dritten Ebene, der Erfüllungsebene (to fulfil) ist wegen der hier relevanten Leistungsverpflichtungen Raum für progressive Umsetzung. Nur bei der kostenträchtigen Erfüllung von Rechten soll der Staat einen Ermessensspielraum für den Einsatz seiner Ressourcen haben<sup>85</sup>.

Uneingeschränkt ist das Ermessen der Staaten aber nicht. In seinem dritten *General Comment* hat der Sozialausschuss klargestellt, dass die Staaten stetige

Fortschritte nachweisen müssen, auch wenn die Paktrechte noch nicht vollständig realisiert sind. Vor allem die Kürzung von Leistungen muss jeweils neu gerechtfertigt werden.

Zwar müssen die Vertragsstaaten für die Verwirklichung der Paktrechte alle ihre Möglichkeiten (in der englischen Version das treffendere „resources“ = Mittel) einsetzen. Bei der Auswahl der Mittel haben sie aber wiederum einen großen Ermessensspielraum<sup>86</sup>. Der Ausschuss prüft allerdings, ob die gewählten Mittel angemessen sind<sup>87</sup>. Zu diesen Mitteln gehört vor allem die in Art. 2 I IPWSKR genannte Gesetzgebung, hinzuzurechnen sind aber auch Verwaltungsmaßnahmen oder sonstige finanzielle und soziale Mittel<sup>88</sup>. Problematisch bleibt aber, dass der Staat selbst durch seine Etatplanung festlegt, wie viele Mittel er für die Umsetzung von WSK-Rechten einsetzen will. Unstreitig ist nur, dass ein Staat selbstverständlich nicht alle Ressourcen für die Verwirklichung der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte einsetzen muss, ja wegen anderer Verpflichtungen nicht einmal einsetzen darf, weshalb ihm auch für die Verteilung der Ressourcen ein großer Spielraum verbleibt<sup>89</sup>. Dabei besteht die Gefahr, dass die Nichtverwirklichung von Paktrechten häufig mit fehlenden Mitteln gerechtfertigt wird. Um das zu verhindern, misst der Sozialausschuss die Einhaltung der Paktverpflichtungen nicht daran, ob der jeweilige Etat die notwendigen Ressourcen enthält, sondern daran, ob die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Staates insgesamt die Umsetzung der Rechte erlaubt<sup>90</sup>.

Auch dieser Ansatz kann aber das grundsätzliche Problem nicht lösen. Schon im nationalen Rahmen ist die rechtliche Überprüfung von Ermessensentscheidungen nur sehr eingeschränkt möglich. Noch viel weniger ist zu entscheiden, ob ein Staat sein Ermessen bei wirtschaftspolitischen Entscheidungen richtig ausgeübt hat. Sollen die staatlichen Maßnahmen zur Vermeidung oder zum Abbau von Arbeitslosigkeit bewertet werden, ist nicht nur eine profunde Kenntnis der wirtschaft-

<sup>81</sup> UN Doc. E/CN.4/1987/17, Annex. (Limburg Principles).

<sup>82</sup> UN Doc. E/C.12/1990/8, Annex III (General Comment No. 3).

<sup>83</sup> Dort richtet sich die Umsetzung nach Art. 2 II IPBPR.

<sup>84</sup> Dazu Asbjørn Eide und Eibe Riedel in ihren Beiträgen zum Internationalen Seminar des Deutschen Instituts für Menschenrechte zum Thema "The Proposal for an Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", Berlin 30./31.1.2003. Zu diesem dreigeteilten Verpflichtungsansatz vgl. auch Klee, Kristina, Die progressive Verwirklichung wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Menschenrechte, Stuttgart u.a. 2000, S. 101 m.w.N.

<sup>85</sup> Klee, Kristina, ebd.

<sup>86</sup> Craven, Matthew, 1995 (s. Fn. 49) S. 116.

<sup>87</sup> 3. General Comment, § 4; Limburg Principles, § 20.

<sup>88</sup> 3. General Comment, § 7; Limburg Principles, § 17.

<sup>89</sup> Craven, Matthew, 1995 (s. Fn. 49) S. 137.

<sup>90</sup> 3. General Comment, § 10; Limburg Principles, § 27.

<sup>76</sup> Dazu genauer unten 3.3.1. a).

<sup>77</sup> UN Doc. E/C.12/1994/20, Annex IV.

<sup>78</sup> UN Doc. E/C.12/1995/18, Annex IV.

<sup>79</sup> Dazu unter anderem Simitis, Spiros, Die Altersgrenzen: ein spät entdecktes Problem, Recht der Arbeit (RdA) 1994, 257 ff.

<sup>80</sup> Human Rights Quarterly (HRQ) 9 (1987), S. 122 ff.



lichen Situation im jeweiligen Staat erforderlich. Vor allem sind die verschiedenen volkswirtschaftlichen Wege zur Erreichung von Vollbeschäftigung höchst umstritten. Außer für den Fall, dass überhaupt keine Mittel für die Verwirklichung der Paktrechte bereitgestellt werden, dürfte auf der Ebene des Ressourceneinsatzes ein Verstoß gegen den IPWSKR so gut wie nie begründbar sein. Zwar hat der Sozialausschuss Staaten sehr allgemein darauf hingewiesen, dass sie ihre Ressourcen besser zur Umsetzung der Paktrechte einsetzen könnten<sup>91</sup> und zum Teil sogar angegeben, welcher Anteil am Gesamthaushalt für soziale Leistungen vorzusehen sei – 20% sah er für ausreichend an<sup>92</sup>.

#### bb) Art. 2 II IPWSKR – Diskriminierungsverbot

Die im IPWSKR verankerten Rechte unterliegen dem Diskriminierungsverbot in Art. 2 II:

*„Die Vertragsstaaten verpflichten sich, zu gewährleisten, dass die in diesem Pakt verkündeten Rechte ohne Diskriminierung hinsichtlich der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, der Geburt oder des sonstigen Status ausgeübt werden“.*

Dieses allgemeine Verbot von Diskriminierung kann nicht bedeuten, dass eine absolute Gleichstellung gemeint ist, denn dann dürften auch berufsbezogene und qualifikationsbedingte Unterschiede nicht gemacht werden. Deshalb ist es heute unumstritten, dass das Diskriminierungsverbot im IPWSKR, wie auch im nationalen deutschen Recht, so zu verstehen ist, dass keine sachwidrigen Unterscheidungen getroffen werden dürfen. Das heißt umgekehrt, dass eine Ungleichbehandlung erlaubt ist, wenn sie durch objektive sachliche Gründe gerechtfertigt werden kann<sup>93</sup>.

Die Ungleichbehandlung muss nicht direkt erfolgen, um unter das Diskriminierungsverbot zu fallen. Auch indirekte Diskriminierung ist verboten, also die diskriminierende Folge staatlicher Maßnahmen, die als solche nicht unterschiedlich behandeln wollen. Darüber

hinaus ist die Aufzählung in Art. 2 II IPWSKR nicht abschließend, sondern exemplarisch zu verstehen, sodass auch andere Unterscheidungsmerkmale, wie zum Beispiel Alter, Krankheit oder Familienstand unter das Diskriminierungsverbot fallen.

Da Ungleichbehandlung nicht absolut verboten ist, kommt es auf die zulässigen Rechtfertigungsgründe an. Hier müssen die Staaten legitime Ziele darlegen, die mit bestimmten, an sich diskriminierenden Maßnahmen verfolgt werden. Gerechtfertigt sind diese Maßnahmen dann, wenn sie verhältnismäßig sind, das heißt wie im deutschen Recht, wenn die Maßnahmen für die Erreichung des Ziels geeignet, erforderlich und angemessen sind. Allerdings ist auch diese Prüfung nur sehr eingeschränkt möglich. Ob eine Maßnahme, zum Beispiel zur Förderung des Arbeitsmarktes, als geeignet anerkannt wird, ist im Wesentlichen eine politische Entscheidung und damit umstritten. Die politischen Parteien halten daher auch ganz unterschiedliche Maßnahmen für geeignet. Angesichts dessen müsste der Nachweis gelingen, dass eine geplante Maßnahme grundsätzlich ungeeignet ist. Das dürfte eher eine theoretische Möglichkeit sein.

Auch die Einschätzung, ob eine Maßnahme erforderlich ist, ist schwer zu belegen. Dafür käme es darauf an, nachzuweisen, dass ein anderes Mittel ebenso effizient gewesen wäre, was kaum gelingen dürfte.

Am ehesten schließlich lässt sich überprüfen, ob die Maßnahme angemessen war, das heißt ob die Beschränkungen im Verhältnis zum angestrebten Ziel stehen.

#### c) Einschränkung des Rechts auf Arbeit gemäß Art. 4 IPWSKR

Anders als im Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte sind im IPWSKR die einzelnen Rechte nicht mit Schranken versehen. Vielmehr enthält Art. 4 IPWSKR, ähnlich wie Art. 31 I ESC, nur folgende allgemeine Schranke:

*„Die Vertragsstaaten erkennen an, dass ein Staat die Ausübung der von ihm gemäß diesem Pakt gewährleisteten Rechte nur solchen Einschränkungen unterwerfen darf, die gesetzlich vorgesehen und mit der Natur dieser Rechte vereinbar sind und deren ausschließlicher Zweck es ist, das allgemeine Wohl in einer demokratischen Gesellschaft zu fördern“.*

Der Sozialausschuss hat sich zu Art. 4 noch nicht geäußert, aber die Limburg Principles gehen zum Teil auf Bedingungen für Einschränkungen ein. Zunächst darf eine Einschränkung von Rechten, hier des Rechts auf Arbeit, nur mit einer gesetzlichen Grundlage erfolgen. Dabei sind nicht nur formelle Gesetze gemeint, sondern das gesamte anwendbare Recht. Darüber hinaus dürfen Einschränkungen nur mit dem Ziel der Förderung des allgemeinen Wohls in einer demokratischen Gesellschaft erfolgen, was so vage ist, dass die Grenzen für mögliche Rechtseinschränkungen nicht erkennbar sind. Auch die Limburg Principles liefern hier keine klarere Definition, denn dort wird unter „allgemeinem Wohl“ das Wohlergehen der gesamten Bevölkerung verstanden<sup>94</sup>. Damit lässt sich nahezu jede Einschränkung begründen, da es im Ermessen des einzelnen Staates liegt, zu entscheiden, ob bestimmte Eingriffe dem allgemeinen Wohl dienen. Zwar stellt Art. 4 IPWSKR klar, dass dabei die Natur des Rechts gewahrt werden muss, und Art. 5 verbietet eine Auslegung der Paktrechte dahin gehend, dass sie faktisch abgeschafft oder jedenfalls weitgehend beschränkt werden. Dies im konkreten Fall festzustellen, dürfte aber so gut wie nie möglich sein.

Zusammenfassend lassen sich die möglichen staatlichen Maßnahmen zur Gewährleistung des Rechts auf Arbeit nach Art. 6 IPWSKR in dreifacher Weise definieren. Zum einen muss das Recht vom Staat geachtet werden, das heißt er darf den/die Einzelne/n nicht an der Ausübung seines Rechts hindern. Zum anderen muss es durch staatliche Maßnahmen geschützt werden, zum Beispiel durch Regelungen des Arbeitsrechts. Und schließlich muss der Staat, wie sich aus Art. 6 II IPWSKR ergibt, das Recht durch staatliche Leistungen erfüllen<sup>95</sup>. Diese Erfüllungspflichten liegen aber im

Ermessen des Staates, das heißt daraus folgen keine staatlichen Pflichten zur Vornahme bestimmter Leistungen. Wenn allerdings Leistungen gewährt werden, muss das Diskriminierungsverbot eingehalten werden. Aber auch hier ist eine Ungleichbehandlung mit einem sachlichen Grund möglich<sup>96</sup>.

#### d) Kontrolle<sup>97</sup>

##### aa) Geplantes Fakultativprotokoll

Der Internationale Pakt für bürgerliche und politische Rechte sieht nicht nur in Art. 41 I eine Staatenbeschwerde vor, sondern erlaubt auch in seinem Fakultativprotokoll vom 19.12.1966 eine Individualbeschwerde. Daher kann auch der/die Einzelne vor dem Menschenrechtsausschuss die Verletzung eines der im IPBPR genannten Rechte geltend machen. Allerdings können auch aufgrund dieser beiden Verfahren – Staaten- und Individualbeschwerde –, die der IPWSKR nicht kennt, keine Sanktionen gegen den betreffenden Staat verhängt werden, denn Individualbeschwerderecht bedeutet nicht Individualklagerecht.

Insofern stellt die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) eine völkerrechtliche Neuerung dar, die seit dem 9. Zusatzprotokoll, das am 1.1.1994 in Kraft getreten ist, auch Einzelpersonen die Möglichkeit eröffnet, unmittelbar vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte zu klagen.

Die Vereinten Nationen arbeiten zwar schon länger an einem Fakultativprotokoll auch zum Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, das die Einführung eines Individualbeschwerdeverfahrens vorsehen soll<sup>98</sup>. In seinem abschließenden Bericht an die Menschenrechtskommission zu einem Zusatzprotokoll über die Möglichkeit der Individualbeschwerde hat sich der Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte am Individualbeschwerdeverfahren des IPBPR orientiert<sup>99</sup>. Die umstrittene Frage, ob die Staaten einzelne Rechte vom Individualbeschwerdeverfahren ausnehmen können sollen, wurde negativ beantwortet. Auch besteht im

<sup>91</sup> zum Beispiel UN Doc. E/C.12/1995/18, §§ 76, 95, 96, 181.

<sup>92</sup> UN Doc. E/C.12/1/Add.1 (1996), § 6.

<sup>93</sup> So auch unter anderem Craven, Matthew, 1995 (s. Fn. 49) S. 167; Ermacora, Felix, Diskriminierungsschutz und Diskriminierungsverbot in der Arbeit der Vereinten Nationen, 1971, S. 233; Tomuschat, Christian, Equality and Non-Discrimination under the International Covenant on Civil and Political Rights, in: von Münch, Ingo (Hrsg.) Staatsrecht, Völkerrecht, Europarecht: Festschrift für Hans Jürgen Schlochauer, 1981, 691, 714.

<sup>94</sup> Limburg Principles, Human Rights Quarterly (HRQ) 9 (1987), 122 ff., § 52.

<sup>95</sup> Zu diesen verschiedenen Arten von Verpflichtungen Riedel, Eibe, The Examination of State Reports, in: Klein, Eckart (Hrsg.), The Monitoring System of Human Rights Treaty Obligations, 1998, S. 95, 97 f. m.w.N.

<sup>96</sup> Vgl. oben b).

<sup>97</sup> Ausführlich zu Kontrolle und Justiziabilität: Schneider, Jakob, Justiziabilität von wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechten, Dt. Institut für Menschenrechte (Hrsg.), Berlin 2004.

<sup>98</sup> Überblick bei Weiß, Norman, Für eine bessere Durchsetzung wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Menschenrechte – braucht der Sozialpakt ein Fakultativprotokoll?, in: Menschenrechtsmagazin Themenheft „25 Jahre Sozial- und Zivilpakt“, 2002, S. 151 ff.

<sup>99</sup> UN Doc. E/1997/22, Annex IV. Zu den Details siehe Schneider, Jakob.

Ausschuss Einigkeit über die Aufnahme eines Folgeverfahrens. Der Ausschuss soll die Staaten zum Bericht über Maßnahmen auffordern können, die diese als Abhilfe nach einer Individualbeschwerde getroffen haben. Solche Folgeverfahren führt der Menschenrechtsausschuss schon durch, obwohl sie das Zusatzprotokoll zum IPBPR nicht vorsieht.

Über das Schicksal des Fakultativprotokolls ist noch nicht entschieden. Nur einige Vertragsstaaten, darunter nach anfänglicher Ablehnung auch Deutschland, sind bislang der Aufforderung des UN-Generalsekretärs zur Stellungnahme zum Entwurf des Sozialausschusses – in der Regel befürwortend – nachgekommen<sup>100</sup>. Nachdem der von der Menschenrechtskommission mit Resolution 2001/30 eingesetzte unabhängige Experte in seinem Bericht auf der 58. Sitzung zum Teil erheblich vom Entwurf des Sozialausschusses abweichende Vorschläge gemacht hatte<sup>101</sup> – ein eigens zu schaffendes Überwachungsorgan soll sich nur mit schweren Verletzungen von Paktrechten befassen –, beschloss die Menschenrechtskommission, in der Sitzungsperiode 2003 eine Arbeitsgruppe einzusetzen, die sich mit einem möglichen Fakultativprotokoll zum Sozialpakt beschäftigen soll.

#### bb) Staatenberichte

Daher findet die Kontrolle der Einhaltung der Staatenverpflichtungen aus dem IPWSKR nach wie vor über Staatenberichte statt (Art. 16–25)<sup>102</sup>. Die Staaten, die den Pakt ratifiziert haben, sind verpflichtet, alle fünf Jahre einen Bericht über die Einhaltung der im Sozialpakt gewährten Rechte abzugeben<sup>103</sup>. Der für die Prüfung der Staatenberichte zuständige UN-Wirtschafts- und Sozialrat (Art. 16 I IPWSKR) hatte zunächst gemäß Art. 68 der UN-Charta eine aus Regierungsvertretern und -vertreterinnen bestehende Arbeitsgruppe zur Prüfung der Berichte eingesetzt<sup>104</sup>. Da sich dieses Verfahren als wenig effizient erwies,

prüft seit 1987 im Auftrag des Wirtschafts- und Sozialrats der Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (Committee on Economic, Social and Cultural Rights – CESCR) die Berichte der Vertragsstaaten. Die Reputation der 18 Experten basiert auf ihrer Unabhängigkeit, Kompetenz und Effizienz<sup>105</sup>.

Im Rahmen des Berichtsverfahrens des IPWSKR ist dem Sozialausschuss nur die Befugnis eingeräumt, Staatenberichte zur Kenntnis zu nehmen und Empfehlungen abzugeben. Die Betroffenen oder die Vertragsstaaten können keine Untersuchungen über Menschenrechtsverletzungen veranlassen, denn für die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte sollte gerade kein Beschwerdeverfahren eingeführt werden, ein Hauptgrund für die seinerzeitige Trennung des IPWSKR vom IPBPR.

Die Staatenberichte werden während der zweimal jährlich in Genf für drei Wochen stattfindenden Sitzungen öffentlich behandelt, nachdem eine „pre-sessional working group“ eine Vorprüfung vorgenommen und eine „list of issues“ erstellt hat, die im Plenum von der jeweiligen Regierungsdelegation zu beantworten ist. An der Sitzung, bei welcher der berichtende Staat seinen Bericht vorstellt, nehmen regelmäßig auch Vertreter/innen anderer UN-Organisationen oder Programme sowie insbesondere auch Vertreter/innen von Nichtregierungsorganisationen teil, die häufig eigene Berichte abgeben<sup>106</sup>.

Fragen der Ausschussmitglieder beantwortet die Regierungsdelegation entweder sofort – dann werden sie in die Protokolle der mündlichen Erörterungen aufgenommen<sup>107</sup> oder in einem ergänzenden Bericht. Die Diskussion über die Staatenberichte hat sich zu einem „konstruktiven Dialog“ zwischen Ausschuss und Berichtsstaat entwickelt, der verhandlungsähnliche Elemente enthält<sup>108</sup>.

Zum Stand der Umsetzung der WSK-Rechte im berichtenden Staat gibt der Sozialausschuss *Concluding Observations* ab, die in den jährlichen Bericht des Sozialausschusses an den Wirtschafts- und Sozialrat aufgenommen werden. Diese abschließenden Stellungnahmen und Empfehlungen haben sich zu einer Art „Rechtsprechung“ des Ausschusses entwickelt<sup>109</sup>.

Obwohl der Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte nur begrenzte Kompetenzen hat, ist es ihm gelungen, zum einen durch differenzierte Verfahrensvorschriften für die Berichterstattung<sup>110</sup>, zum anderen durch die Abgabe von *General Comments* zur Auslegung einzelner Paktrechte<sup>111</sup>, seinen Einflussbereich auszuweiten. Erst seine Einrichtung hat die Paktrechte sichtbarer gemacht<sup>112</sup>. In der Entwicklung ist ein neues Instrument, das *benchmarking*, bei dem die Staaten im Wege einer Selbstverpflichtung für bestimmte Paktrechte eine Messlatte mit vorher definierten Indikatoren festlegen, deren Einhaltung dann überprüft wird<sup>113</sup>.

Allerdings bedürfte es für die effektivere Umsetzung von Menschenrechten umfangreicherer Kompetenzen, angefangen bei einem Protokoll zur Einführung einer Individualbeschwerde, wie sie beim Zivilpakt schon verwirklicht wurde.

Nicht zu unterschätzen ist aber heute schon, dass es im Rahmen von Art. 2 I des Sozialpakts aufgrund des dort vorgesehenen Dialogs zwischen berichtenden Staaten und kontrollierendem WSK-Ausschuss zu den genannten verhandlungsähnlichen Prozessen kommt, bei denen der Ausschuss versucht, die Staaten zur besseren Anwendung der im Pakt verbrieften Rechte zu bewegen<sup>114</sup>. Hinzu kommt, dass es der WSK-Ausschuss verstanden hat, sich nicht als politisches, sondern als justizähnliches Organ zu positionieren, was zu seinem Ruf der Unparteilichkeit und Seriosität beigetragen hat<sup>115</sup>.

Nichtsdestoweniger gilt nach wie vor die Einschätzung von Bruno Simma, der dem Ausschuss seit 1987 für die ersten zehn Jahre seiner Existenz angehörte, dass „international human rights law is a world in which sovereign states are the makers as well as the breakers of the law“<sup>116</sup>.

#### 2.1.4 Art. 11 Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau

##### a) Verpflichtungen

Dieses Übereinkommen der Vereinten Nationen, in der englischen Version *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW)*<sup>117</sup>, von 1979 enthält speziell für die Beseitigung von Diskriminierung der Frau im Berufsleben in Art. 11 I ein Recht auf Arbeit:

*Die Vertragsstaaten treffen alle geeigneten Maßnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung der Frau im Berufsleben, um ihr auf der Grundlage der Gleichberechtigung von Mann und Frau gleiche Rechte zu gewährleisten, insbesondere*  
a) das Recht auf Arbeit als unveräußerliches Recht jedes Menschen; ...

das durch spezifische, auch in Art. 11 genannte grundlegende Arbeitsrechte, wie das Recht auf freie Berufswahl, die Entgeltgleichheit oder Arbeitsplatzsicherheit ergänzt wird.

In Abs. 2 des Art. 11 wird das Recht auf Arbeit im Zusammenhang mit rechtlichen Maßnahmen des Mutterschutzes nochmals ausdrücklich angesprochen.

Das Übereinkommen war seinerzeit ein Durchbruch, nicht nur, weil die Geschlechterdiskriminierung neu

<sup>100</sup> UN Doc. E/CN.4/1998/84; E/CN.4/1999/112; E/CN.4/2000/49; E/CN.4/2001/62.

<sup>101</sup> UN Doc. E/CN.4/2002/57, 12.

<sup>102</sup> Dazu Simma, Bruno, The Examination of State Reports: The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, in: Klein, Eckart (Hrsg.), The Monitoring System of Human Rights Treaty Obligations, 1998, S. 31 ff.

<sup>103</sup> Dazu ausführlich Alston, Philip, The Committee on Economic, Social and Cultural Rights, in: Alston, Philip (Hg.), The United Nations and Human Rights, Oxford 1992, S. 473 ff.; Craven, Matthew, 1995 (s. Fn. 49) S. 57 ff.

<sup>104</sup> Zur Kritik an dieser Arbeitsgruppe siehe Simma, Bruno, Vereinte Nationen 1989, S. 191, 194.

<sup>105</sup> Zur Zusammensetzung und zu den Aufgaben Craven, Matthew, 1995 (s. Fn. 49) S. 42 ff.; Alston, Philip, Out of the Abyss: The challenges confronting the new U.N. Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 9 Human Rights Quarterly 1987, 332 ff.

<sup>106</sup> So Simma, Bruno / Bennigsen, Sabine, Wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte im Völkerrecht: Der Internationale Pakt von 1966 und sein Kontrollverfahren, in: Baur/Hopt/Mailänder (Hrsg.), Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990, 1990, S. 1494 f.

<sup>107</sup> Veröffentlicht auf der Internetseite des UN-Menschenrechtskommissariats: [www.unhchr.ch](http://www.unhchr.ch).

<sup>108</sup> Riedel, Eibe, Verhandlungslösungen im Rahmen des Sozialpakts der Vereinten Nationen, IINS (International Institute for Non-Aligned Studies) Research Paper No. 7.

<sup>109</sup> Craven, Matthew, 1995 (s. Fn. 49) S. 57 ff.

<sup>110</sup> UN Doc. C.12/1999/1, 17.6.1991, Annex.

<sup>111</sup> Craven, Matthew, 1995 (s. Fn. 49) S. 89 ff.

<sup>112</sup> Craven, Matthew, The UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, in: Eide/Krause/Rosas (Hrsg.), Economic, Social and Cultural Rights, 2001, 2. Aufl., S. 455 ff., 471.

<sup>113</sup> Dazu Riedel, Eibe, Universeller Menschenrechtsschutz – Vom Anspruch zur Durchsetzung, in: Baum/Riedel/Schäfer (Hrsg.), Menschenrechtsschutz in der Praxis der Vereinten Nationen, 1998, S. 95 ff.

<sup>114</sup> Riedel, Eibe, Verhandlungslösungen (siehe Fn. 108).

<sup>115</sup> ebd. S. 11.

<sup>116</sup> Simma, Bruno, The Examination of State Reports: International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, in: Klein, Eckart (Hrsg.), The Monitoring System of Human Rights Treaty Obligations, 1998, S. 31 ff., 47.

<sup>117</sup> BGBl. 1985 II S. 648.

beleuchtet wurde, sondern auch, weil es die Grenze zwischen bürgerlichen und politischen sowie wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechten überschreitet, indem es in einem Pakt beide Rechtstypen verankert.

Gilt generell für das völkerrechtliche Diskriminierungsverbot, dass unterschiedliche Sachverhalte auch unterschiedlich behandelt werden dürfen, wobei immer die Streitfrage auftaucht, was unter einem unterschiedlichen Sachverhalt zu verstehen ist, so will die Konvention zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau „jede mit dem Geschlecht begründete Unterscheidung“ ausschließen (Art. 1). Würde eine Ungleichbehandlung also ausschließlich auf den Aspekt des Geschlechts gestützt, könnte sie nicht gerechtfertigt werden<sup>118</sup>. Diese Situation ist in Deutschland unter anderem schon beim Nachtarbeitsverbot für Frauen praktisch geworden, aber nicht völkerrechtlich entschieden worden, sondern durch den Europäischen Gerichtshof (EuGH) und das Bundesverfassungsgericht (BverfG), die das Nachtarbeitsverbot für Frauen für gleichheitswidrig hielten<sup>119</sup>.

Das Nachtarbeitsverbot als staatliche, da gesetzlich festgelegte Maßnahme fiel eindeutig unter den Gleichbehandlungsgrundsatz. Viel schwieriger ist die Lage zu beurteilen, wenn es um diskriminierende Maßnahmen zwischen Privaten geht. Das Arbeitsverhältnis zwischen einem/r (privaten) Arbeitgeber/in und einem/r Arbeitnehmer/in ist dafür das Paradebeispiel.

In den Rechtsbeziehungen zwischen Privatpersonen gilt nach deutschem Recht das Prinzip der Privatautonomie. Im Rahmen der Vertragsfreiheit muß die an den Staat gerichtete Verpflichtung, die Grundrechte des Grundgesetzes zu beachten, nicht eingehalten werden. Allerdings hat die Rechtsprechung gerade im Arbeitsverhältnis wegen der gestörten Vertragsparität zwischen Arbeitgeber/in und Arbeitnehmer/in grundrechtsähnliche Verpflichtungen des Arbeitgebers angenommen, insbesondere in Gestalt des gesetzlich nicht geregelten arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes, der längst nicht nur, aber jedenfalls auch

Diskriminierungen wegen des Geschlechts verbietet<sup>120</sup>. Außerdem enthält das BGB, initiiert durch die Rechtsprechung des EuGH, in §§ 611 a f. geschlechtsbezogene Benachteiligungsverbote. Insoweit ist Art. 2 lit. e des Übereinkommens zur Frauendiskriminierung zumindest schon partiell entsprochen, wonach sich die Vertragsstaaten verpflichten, „alle geeigneten Maßnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung der Frau durch Personen, Organisationen oder Unternehmen zu ergreifen“.

Art. 2 II IPWSKR enthält übrigens keinen derartigen Hinweis, da man sich bei der Erarbeitung des IPWSKR nicht einigen konnte, inwieweit die Staaten auch Private verpflichten sollten, das Diskriminierungsverbot einzuhalten.

#### b) Kontrolle

Auch das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau sieht ein Staatenberichtsverfahren vor. Nach Art. 18 müssen die Vertragsstaaten alle vier Jahre oder auf Aufforderung des Ausschusses für die Beseitigung der Diskriminierung der Frau (Art. 17) einen Bericht über die zur Durchführung des Übereinkommens getroffenen Gesetzgebungs-, Gerichts-, Verwaltungs- und sonstigen Maßnahmen vorlegen. Auf der Basis dieser Berichte erarbeitet der Ausschuss im Wege eines „konstruktiven Dialogs“<sup>121</sup> mit den Vertragsstaaten Vorschläge und allgemeine Empfehlungen, die in den Ausschussbericht aufgenommen werden<sup>122</sup>.

Allerdings weisen viele Berichte Qualitätsmängel auf, die Datenbasis ist oft dünn und eine Analyse der Situation im jeweiligen Land findet zu häufig nicht statt<sup>123</sup>.

Deutschland hat bislang vier Berichte, jeweils unter Federführung des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, vorgelegt – den ersten im Jahre 1988, der zweite und dritte wurden 1996 zusammen abgegeben, der vierte im Jahr 1998 sowie der fünfte und aktuellste im August 2002. Letzterer

umfasst den Zeitraum 1998 bis 2002 und wird Anfang 2004 vor dem Ausschuss für die Beseitigung der Diskriminierung der Frau erörtert werden.

1999 nahm die UN-Generalversammlung ein Protokoll für die Einführung eines Individualbeschwerdeverfahrens im Bereich des Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau an<sup>124</sup>, das seit Ende 2000 in Kraft ist. Das entsprechende Fakultativprotokoll hat die Bundesrepublik am 15.1.2002 ratifiziert, es ist seit 15.4.2002 in Kraft. Die Durchführung einer Individualbeschwerde setzt allerdings voraus, dass der innerstaatliche Rechtsweg erschöpft ist und die Sache nicht bei einem anderen internationalen Gremium anhängig ist. Derzeit ist die erste Individualbeschwerde aus Deutschland beim Ausschuss anhängig.

Das Verfahren wird schriftlich abgewickelt. Die Individualbeschwerde richtet sich an den Ausschuss für die Beseitigung der Diskriminierung der Frau, der den betroffenen Vertragsstaat zu einer Stellungnahme auffordert und abschließend Empfehlungen ausspricht.

Da vor der Einleitung eines Individualbeschwerdeverfahrens der innerstaatliche Rechtsweg schon erschöpft sein muss, kann die Beschwerdeführerin das Ergebnis der Ausschussprüfung nicht mehr in einem nationalen Gerichtsverfahren zumindest argumentativ geltend machen. Rechtlich könnte sie das ohnehin nicht, da die Empfehlungen des Ausschusses nicht rechtsverbindlich sind.

#### 2.1.5 Übereinkommen Nr. 122 der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) zur Beschäftigungspolitik

##### a) Verpflichtungen

Die Internationale Arbeitsorganisation hat als UN-Sonderorganisation ihre gesamte Tätigkeit auf die Arbeit und deren Schutz ausgerichtet. Schon in der Deklaration von Philadelphia, die die Ziele und Aufgaben der ILO definiert, heißt es, dass es Aufgabe der ILO sei,

„in der ganzen Welt Pläne zu fördern, durch die erreicht werden soll:

- a) Vollbeschäftigung und Hebung des Lebensstandards;
- b) Beschäftigung der Arbeiter in den Berufen, welche ihnen die Befriedigung geben, das Höchstmaß ihrer Geschicklichkeit und ihrer Begabung zu entfalten und den größten Beitrag zum Gemeinwohl zu leisten; .....

Diese Ziele versucht die ILO durch die Erarbeitung von Übereinkommen und Empfehlungen, aber auch durch technische Hilfe zu erreichen. Nahezu 200 Übereinkommen und eine noch viel größere Zahl an zwar nicht rechtlich verbindlichen, aber für die Auslegung der Übereinkommen relevanten Resolutionen, Deklarationen etc. hat die ILO bislang verabschiedet. Ein Recht auf Arbeit wird als solches nicht ausdrücklich postuliert, aber aus vielen Übereinkommen lässt sich etwas für das Recht auf Arbeit herleiten. Es handelt sich dabei aber fast ausschließlich um Rechte in der Arbeit, also um die Bedingungen, unter denen Arbeit geleistet wird, die von kollektiven Rechten der Arbeitnehmerverbände auf Vereinigungsfreiheit bis zu Fragen der Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz reichen. Da hier das Recht auf Arbeit im Mittelpunkt steht, wird das Hauptaugenmerk auf die beschäftigungspolitischen Instrumente gelegt, insbesondere auf das ILO-Übereinkommen Nr. 122 von 1964 zur Beschäftigungspolitik<sup>125</sup>, zu dem es auch eine Empfehlung Nr. 122 gibt, die sehr detailliert ist und als Auslegungshilfe dient. Sie enthält unter anderem Ausführungen zu Zielen, Grundsätzen und Maßnahmen der Beschäftigungspolitik, ist allerdings nicht rechtsverbindlich.

Art. 1 Nr. 1, 2 a) und b) des Übereinkommens Nr. 122 regeln:

- 1. Um das wirtschaftliche Wachstum und die wirtschaftliche Entwicklung anzuregen, den Lebensstandard zu heben, den Arbeitskräftebedarf zu decken sowie die Arbeitslosigkeit und die Unterbeschäftigung zu beseitigen, hat jedes Mitglied als eines der Hauptziele eine aktive Politik festzule-

<sup>118</sup> Delbrück, Jost, in: Festschrift für Schlochauer, 1981 (siehe Fn. 93) S. 247, 264 ff.

<sup>119</sup> Dazu unten 2.1.4.b).

<sup>120</sup> Schaub, Günter, Arbeitsrechtshandbuch, 2000, 9. Aufl., § 112.

<sup>121</sup> Zu dessen Ablauf genauer Schöpp-Schilling, Hanna Beate, The Convention on the elimination of all forms of discrimination against women, in: Klein, Eckart (Hrsg.), The Monitoring System of Human Rights Treaty Obligations, 1998, S. 71 ff., 78 ff.

<sup>122</sup> Jacobson, Roberta, The Committee on the Elimination of Discrimination against Women, in: Alston, Philip (Hrsg.), The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal, 1992, S. 444 ff.

<sup>123</sup> Schöpp-Schilling, Hanna Beate (s. Fn. 121) S. 80.

<sup>124</sup> Klein, Eckart (Hrsg.), 20 Jahre Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW), Studien zu Grund- und Menschenrechten, Heft 5, 2000; Golze, Anna, Die Individualbeschwerde nach dem Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, in: J.Hasse/E. Müller/P. Schneider (Hrsg.), Menschenrechte 2002.

<sup>125</sup> BGBl. 1971 II S. 57.



gen und zu verfolgen, die dazu bestimmt ist, die volle, produktive und frei gewählte Beschäftigung zu fördern.

2. Diese Politik muss zu gewährleisten suchen,  
a) dass für alle Personen, die für eine Arbeit zur Verfügung stehen und Arbeit suchen, eine solche vorhanden ist;  
b) dass diese Arbeit so produktiv wie möglich ist; (...)

Das Übereinkommen enthält also nicht ausdrücklich ein Recht auf Arbeit, nimmt aber in der Präambel das Recht auf Arbeit der Menschenrechtsdeklaration auf und zielt darauf, dass die Überwindung der Arbeitslosigkeit zu einem Hauptziel der Wirtschafts- und Beschäftigungspolitik der Staaten gemacht werden soll. Im Übereinkommen Nr. 122 verpflichten sich die Staaten zu einer Politik, die Arbeitslosigkeit vermeidet und Vollbeschäftigung anstrebt. Die Erreichung dieses Ziels hängt aber von der konkreten Wirtschaftspolitik der Staaten ab, und die ist einer juristischen Überprüfung kaum zugänglich. So stellt Art. 2 des Übereinkommens Nr. 122 klar, dass jeder Staat zwar Schritte unternehmen soll, um die Ziele des Übereinkommens zu erreichen, aber nur „soweit es die innerstaatlichen Verhältnisse gestatten“.

Auch das ILO-Übereinkommen Nr. 168 über Beschäftigungsförderung und den Schutz gegen Arbeitslosigkeit vom 1.6.1988 ist im vorliegenden Zusammenhang einschlägig. So werden in den Art. 7 und 8 Maßnahmen zur „Förderung der produktiven Beschäftigung“ zur Erreichung von Vollbeschäftigung genannt. Sie reichen von der allgemeinen Arbeitsvermittlung und Berufsberatung (Art. 7) bis zu speziellen Programmen für Gruppen, die besonders schwer einen Arbeitsplatz finden, wie Frauen, Jugendliche und ältere Arbeitnehmer oder Behinderte.

Da die Bundesrepublik Deutschland dieses Übereinkommen aber nicht ratifiziert hat, bleibt es in der vorliegenden Untersuchung außer Betracht.

Schließlich sei auch noch darauf hingewiesen, dass die ILO-Übereinkommen auch im Rahmen von Art. 6 IPWSKR eine Rolle spielen, da der Sozialausschuss bei der Prüfung der Staatenberichte auch darauf eingeht,

ob die geprüften Staaten einschlägige ILO-Übereinkommen ratifiziert haben<sup>126</sup>.

#### b) Kontrolle

Die Internationale Arbeitsorganisation hat sich seit Jahrzehnten um die Klärung des Inhalts von wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten (WSK-Rechten) bemüht, insbesondere um die in Art. 6–9 IPWSKR – das Recht auf Arbeit; das Recht auf gerechte Arbeitsbedingungen; die Gewerkschaftsfreiheit<sup>127</sup>.

Das komplexe Berichtssystem der ILO ist auf internationaler Ebene das am weitesten entwickelte, denn mit den Berichten der Staaten werden nicht nur besondere Ausschüsse und UNO-Einrichtungen befasst, sondern sie erreichen auch eine relativ hohe Publizität. Diese Publizität basiert auf den Veröffentlichungen der Überwachungsorgane und der Diskussion auf der jährlich in Genf stattfindenden dreiwöchigen Internationalen Arbeitskonferenz.

Die Mitgliedstaaten müssen regelmäßig über ratifizierte Übereinkommen und auch darüber berichten, warum Übereinkommen noch nicht ratifiziert wurden. Diese Berichte werden vom unabhängigen Sachverständigenausschuss geprüft, der seinen Bericht der jährlichen Arbeitskonferenz vorlegt. Sie kann Rügen beschließen.

Der Sachverständigenausschuss hat sich zum wichtigsten Kontrollorgan entwickelt, obwohl er in der ILO-Verfassung nicht vorgesehen ist. Sein Tätigkeitsfeld ist weitgehend vom Verwaltungsrat und der Internationalen Arbeitskonferenz abgesteckt worden. Die Überprüfung der gemäß Art. 22 der ILO-Verfassung abzugebenden Staatenberichte ist seine Hauptaufgabe, der er so erfolgreich nachkommt, dass sich seine Interpretationsgrundsätze zu einem weithin akzeptierten, wenn auch nicht rechtsverbindlichen Maßstab für die Auslegung der Übereinkommen und Empfehlungen entwickelt haben<sup>128</sup>. Seine Bedeutung kann auch daran abgelesen werden, dass er Modellstand für den Sachverständigenausschuss der Europäischen Sozialcharta (ESC)<sup>129</sup>.

Zusätzlich zum Sachverständigenausschuss prüft der dreigliedrig zusammengesetzte Konferenzausschuss<sup>130</sup>

für die Anwendung von Übereinkommen und Empfehlungen, der jährlich von der Internationalen Arbeitskonferenz ernannt wird, Staatenberichte, basierend auf den Ergebnissen des Sachverständigenausschusses. Ist der Sachverständigenausschuss das eher technisch ausgerichtete Prüfungsorgan, erfüllt der Konferenzausschuss eine mehr politische Funktion. Er greift aus den vom Sachverständigenausschuss überprüften Staatenberichten etwa 50 bis 60 besonders grobe Verstöße heraus, die dann nochmals, wegen der unterschiedlichen Besetzung der Ausschüsse unter anderem Blickwinkel, erörtert und in einem eigenen Bericht festgehalten werden.

Daneben gibt es ein Beschwerdesystem für Arbeitnehmer- und Arbeitgeberorganisationen gegen Mitgliedstaaten bei Verletzungen der Vereinigungsfreiheit. Diese Beschwerden werden vom Verwaltungsrat geprüft, der die Fälle veröffentlichen kann<sup>131</sup>. Schließlich sind auch Klagen von Mitgliedstaaten oder Arbeitgeber- bzw. Arbeitnehmerorganisationen gegen Mitgliedstaaten nach Art. 26 der ILO-Verfassung möglich.

Daher handelt es sich beim erwähnten Klageverfahren nach Art. 26 nicht um ein Gerichtsverfahren, sondern eine Prüfung durch einen vom Verwaltungsrat eingesetzten Untersuchungsausschuss. Ein derartiges Verfahren wurde 1987 gegen die Bundesrepublik Deutschland abgeschlossen. Gegenstand war die auf dem so genannten Radikalerlass basierende Berufsverbotspolitik Deutschlands<sup>132</sup>.

## 2.2 Auf Europa begrenzte Verpflichtungen<sup>133</sup>

### 2.2.1 Art. 1 der Europäischen Sozialcharta (ESC)

#### a) Verpflichtungen

Die Europäische Sozialcharta von 1961 (ESC) ergänzt die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950<sup>134</sup> um die Anerkennung von sozialen Menschenrechten. Die Menschenrechtskonvention selbst verbietet zwar

in Art. 4 II die Zwangsarbeit, enthält aber kein Recht auf Arbeit. Dieses wurde dann in Art. 1 ESC niedergelegt.

Allerdings ist der persönliche Anwendungsbereich der ESC eingeschränkt: Neben den eigenen Staatsangehörigen des Vertragsstaates werden nur die Personen geschützt, die Angehörige anderer Vertragsstaaten sind und ihren rechtmäßigen gewöhnlichen Aufenthalt im Hoheitsgebiet des betreffenden Vertragsstaates haben oder dort rechtmäßig beschäftigt sind (Art. 1 Anhang zur ESC).

Durch die Revision der Charta im Jahre 1996, die seit 1.7.1999 in Kraft ist, wurden sowohl Rechte aus dem 1. Zusatzprotokoll von 1988 als auch neue Rechte, wie Kündigungsschutz oder ein Recht auf Würde am Arbeitsplatz, in die Charta aufgenommen<sup>135</sup>. Zwar hat die Bundesrepublik die revidierte Sozialcharta bislang nicht ratifiziert; an der Verpflichtung aus Art. 1 ESC in der ursprünglichen Version hat sich aber nichts geändert.

In Teil I der Charta Nr. 1 heißt es:

*„Jedermann muss die Möglichkeit haben, seinen Lebensunterhalt durch eine frei übernommene Tätigkeit zu verdienen“*

Näher wird das Recht auf Arbeit in der ESC aber nicht spezifiziert, sondern in Teil II, Art. 1 vorausgesetzt:

*„Um die wirksame Ausübung des Rechts auf Arbeit zu gewährleisten“,*

um dann die Vertragsstaaten zu einer Reihe von konkreten Maßnahmen zu verpflichten:

1. zwecks Verwirklichung der Vollbeschäftigung die Erreichung und Aufrechterhaltung eines möglichst hohen und stabilen Beschäftigungsstandes zu einer ihrer wichtigsten Zielsetzungen und Aufgaben zu machen;
2. das Recht des Arbeitnehmers wirksam zu schützen, seinen Lebensunterhalt durch eine frei übernommene Tätigkeit zu verdienen;

<sup>126</sup> Zum Beispiel UN Doc. E/C.12/1/Add.3 (1996), § 5; UN Doc. E/C.12/1995/18, § 90; UN Doc. E/C.12/1994/20, § 144.

<sup>127</sup> Samson, Klaus Theodor, The Protection of Economic and Social Rights within the Framework of the International Labour Organisation, in: Matscher, Franz (Hrsg.), Die Durchsetzung wirtschaftlicher und sozialer Grundrechte, 1991, S. 123 ff.

<sup>128</sup> Dazu genauer Körner-Dammann, Marita, Bedeutung und faktische Wirkung von ILO-Standards, 1991, S. 47 f.

<sup>129</sup> Valticos, Nicolas, Mise en parallèle des actions et des mécanismes de contrôle au niveau du Conseil de l'Europe et de l'OIT, in: La Charte sociale européenne – Dix années d'application, Brüssel 1978, S. 243.

<sup>130</sup> Zusammengesetzt aus Staatenvertretern sowie Vertretern der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen.

<sup>131</sup> Körner-Dammann, Marita, (siehe Fn. 128) S. 45 ff.

<sup>132</sup> ebd., S. 65 ff.

<sup>133</sup> BGBl. 1964 II S. 1262.

<sup>134</sup> BGBl. 1952 II, S. 686.

<sup>135</sup> Ein Überblick der Neuregelungen bei Lörcher, Klaus, Die revidierte Europäische Sozialcharta, in: BMA (Hrsg.), Soziale Grundrechte in der Europäischen Union, 2000, S. 99 ff.

3. unentgeltliche Arbeitsvermittlungsdienste für alle Arbeitnehmer einzurichten oder aufrecht zu erhalten;

4. eine geeignete Berufsberatung, Berufsausbildung und berufliche Wiedereingliederung sicherzustellen oder zu fördern.

Art. 1 zählt also vier Wege auf, die die Vertragsstaaten beschreiten sollen, um die Beschäftigungssituation zu verbessern. Im Wesentlichen geht es um die Verpflichtung zu einer Politik der Vollbeschäftigung und um Unterstützung bei Arbeitslosigkeit.

Die Vollbeschäftigungsverpflichtung in Art. 1 Nr. 1 wird vom Europäischen Ausschuss für soziale Rechte (ESC-Ausschuss)<sup>136</sup> so interpretiert, dass sie mehr eine Verpflichtung zum Handeln als eine Verpflichtung zur Erreichung bestimmter Ergebnisse darstellt<sup>137</sup>. Ziel ist die progressive Verwirklichung von Vollbeschäftigung: *"These provisions impose an obligation to adopt over the years a course of conduct so as to achieve a development in a stated direction"*<sup>138</sup>. So ist eine steigende Arbeitslosenrate allein kein ausreichendes Indiz für einen Verstoß gegen Art. 1 Nr. 1, wenn der Vertragsstaat gleichzeitig Anstrengungen zur Verbesserung der Arbeitsmarktsituation nachweist<sup>139</sup>. In dieser Lage befinden sich seit der Ölkrise der siebziger Jahre des 20. Jahrhunderts viele Vertragsstaaten.

Ausnahmsweise kann aber trotz Arbeitsmarktmaßnahmen bei hoher Arbeitslosigkeit Kritik vom Ausschuss kommen, wenn er, wie im Falle der Slowakei, feststellt, dass *"the co-existence in the medium and longer term of high economic growth and persistent very high unemployment is not an acceptable situation under this provision of the Charter"*<sup>140</sup>.

Inhaltlich werden die Arbeitsmarktmaßnahmen der Staaten vom Ausschuss kaum geprüft, da die Folgen vieler Maßnahmen nur langfristig sichtbar werden und nicht vorhersehbar sind. Die Staaten sind nur verpflichtet, dem ESC-Ausschuss diese Maßnahmen darzulegen und auch anzugeben, mit welchem Kostenaufwand Arbeitsmarktpolitik betrieben wurde.

Art. 1 Nr. 2 ESC wird vom Ausschuss zum einen als Verbot von Zwangsarbeit verstanden und zum anderen als Aufforderung, alle Arten von Diskriminierung im Beschäftigungsverhältnis abzuschaffen.

Im Rahmen des Zwangsarbeitsverbotes hat der Ausschuss in mehreren Fällen die Strafbarkeit von Arbeitsverweigerung durch Seeleute und Beschäftigte in Flugzeugen für einen Verstoß gegen Art. 1 Nr. 2 ESC gehalten, sofern durch die Arbeitsverweigerung Sicherheit und Eigentum nicht gefährdet wurden<sup>141</sup>. Auch überlange Verpflichtungszeiten für Offiziere – 25 Jahre im Falle Griechenlands – fallen unter das Verbot. Aktueller und problematischer, da schwerer abgrenzbar, sind Maßnahmen, die die Leistungen bei Arbeitslosigkeit dadurch begrenzen, dass Arbeitssuchende „zumutbare“ Arbeit annehmen müssen<sup>142</sup>. Auch in Deutschland sind die Zumutbarkeitskriterien immer weiter abgesenkt worden. Derzeit orientiert sich die Zumutbarkeit am erzielbaren Einkommen – nach sechs Monaten Arbeitslosigkeit ist eine Beschäftigung nur dann unzumutbar, wenn das Nettoeinkommen unter dem Arbeitslosengeld liegt (§ 121 III SGB III). Eine Beschäftigung ist aber nicht schon deshalb unzumutbar, weil sie nicht der Ausbildung oder der bisherigen Tätigkeit des Arbeitnehmers entspricht (§ 121 V SGB III).

Neben dem Verbot der Zwangsarbeit enthält Art. 1 Nr. 2 ESC nach der Auslegung des ESC-Ausschusses ein Diskriminierungsverbot im Beschäftigungsverhältnis, das, wie sich aus der Präambel ergibt, Diskriminierung aus Gründen der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Religion, der politischen Meinung oder der sozialen Herkunft untersagt. „Beschäftigung“ ist dabei weit auszulegen und soll alle Arten von Erwerbstätigen umfassen, also Arbeitnehmer/innen und Selbständige<sup>143</sup>. Der deutsche Wortlaut ist hier irreführend, denn dort ist nur vom „Arbeitnehmer“ die Rede; Selbständige wären nach der Arbeitnehmerdefinition des deutschen Arbeitsrechts nicht umfasst. Hierbei handelt es sich aber um ein typisches Übersetzungsproblem, da das englische „employment“ (Beschäftigung) zwar den deutschen „Arbeitnehmer“ umfasst, aber darüber hinausgeht und auch den Dienst-

vertrag meint, der nach deutschem Recht die typische Vertragsform für verschiedene Gruppen von freiberuflich Tätigen ist.

Besonderes Augenmerk hat der Ausschuss immer auf die Diskriminierung wegen des Geschlechts gelegt. So hat er gleich zu Beginn seiner Überwachungstätigkeit die irische Praxis, verheirateten Frauen den Zugang zum öffentlichen Dienst zu verwehren, als Verstoß gegen Art. 1 Nr. 2 kritisiert. Einen vergleichbaren Fall gab es in Deutschland auch: die Zölibatsklausel in den Arbeitsverträgen von Lufthansa-Stewardessen in den sechziger Jahren, wonach das Arbeitsverhältnis mit der Heirat der Beschäftigten automatisch enden sollte; später wurden die Verträge dahingehend modifiziert, dass der Arbeitsvertrag automatisch mit Eintritt einer Schwangerschaft enden sollte. Mit diesen Fällen hat sich der ESC-Ausschuss aber nicht beschäftigt, weil schon das Bundesarbeitsgericht diese Vertragsgestaltungen wegen der indirekten Wirkung des Familienschutzgrundrechts in Art. 6 GG auch im Privatrecht für unwirksam gehalten hatte<sup>144</sup>.

Heute geht es bei der Diskriminierung wegen des Geschlechts eher um Fälle indirekter Diskriminierung. Die werden, was Deutschland angeht, weniger im Rahmen der Sozialcharta aufgegriffen als vielmehr vor dem Europäischen Gerichtshof, da das EU-Recht seit den siebziger Jahren des 20. Jahrhunderts einen weitreichenden und effizienten Diskriminierungsschutz im Beschäftigungsverhältnis aufgebaut hat<sup>145</sup>.

Auch zu den anderen Diskriminierungsgründen äußert sich der ESC-Ausschuss regelmäßig. In Bezug auf Deutschland hat er sich unter dem Gesichtspunkt einer Diskriminierung wegen der politischen Meinung mehrfach mit der Verfassungstreueprüfung für Mitarbeiter des öffentlichen Dienstes beschäftigt. Der Ausschuss hat zwar im Erfordernis der Verfassungstreue keinen Verstoß gegen Art. 1 Nr. 2 gesehen, aber Zweifel geäußert, *"whether it was really necessary for the legitimate aim of protecting the state and its constitutional order to extend the requirement of fidelity and loyalty to candidates for fairly routine and even*

*menial jobs such as engine-drivers, postmen and gardeners"*<sup>146</sup>. Im Folgebericht kam der Ausschuss daher zu dem Ergebnis, dass *"the existence of measures based neither on the nature of the service nor on essential elements connected with the qualification of the person concerned or on any overt act putting in doubt his loyalty or fidelity to the constitution, would constitute a discrimination and would not be considered as being in conformity with Art. 1, paragraph 2 of the Charter"*<sup>147</sup>. Nachdem Deutschland später die Routineanfrage beim Verfassungsschutz über Bewerber für den öffentlichen Dienst abgeschafft hatte und Bewerber nur noch eine Verfassungstreuerklärung abgeben müssen, hat der ESC-Ausschuss keinen Verstoß mehr gegen Art. 1 Nr. 2 feststellen können<sup>148</sup>.

In Art. 1 Nr. 3 enthält die ESC eine ähnliche Regelung wie das ILO-Übereinkommen Nr. 96 zur unentgeltlichen Arbeitsvermittlung. Danach sind zwar kostenpflichtige Arbeitsvermittlungen erlaubt, es müssen aber auch kostenfreie Arbeitsvermittlungsmöglichkeiten zur Verfügung gestellt werden<sup>149</sup>. Obwohl in den letzten Jahren in vielen Ländern, auch in Deutschland, private (kostenpflichtige) Arbeitsvermittlungsdienste tätig geworden sind, bleibt in den Vertragsstaaten die öffentliche Vermittlung die Hauptsäule der unentgeltlichen Arbeitsvermittlung. Zwei wichtige Indikatoren bei der Prüfung der Staatenberichte sind für den Ausschuss zum einen die Vermittlungszahlen, zum anderen die Beteiligung der Sozialpartner an der Organisation der Arbeitsvermittlung. Diese Beteiligung ist in fast allen Vertragsstaaten gewährleistet, in Deutschland gesetzlich abgesichert in § 380 I SGB III.

Die Vermittlungszahlen sind als Indikator für die Einhaltung von Art. 1 Nr. 3 ESC problematisch; das weiß auch der ESC-Ausschuss, der auf das Problem der statistischen Zuverlässigkeit hinweist<sup>150</sup>, das in Deutschland in Gestalt geschöner Zahlen erst kürzlich praktisch geworden ist und mit zu Organisationsänderungen bei der Bundesanstalt für Arbeit geführt hat.

Insgesamt betrachtet der ESC-Ausschuss die Einhaltung von Art. 1 Nr. 3 durch Deutschland als durchweg

<sup>136</sup> Zu diesem Kontrollorgan siehe unten 2.2.1.b).

<sup>137</sup> Samuel, Lenia, Fundamental social rights – Case law of the European Social Charter, Straßburg 2002, 2. Aufl., S. 14.

<sup>138</sup> Conclusions I, S. 9, in: Samuel, Lenia (s. Fn. 137).

<sup>139</sup> Conclusions III, S. 3, in: Samuel, Lenia (s. Fn. 137) Conclusions XIV-1, S. 33 f., zit. in: Samuel, Lenia, S. 16.

<sup>140</sup> Conclusions XV-2. Add., S. 131 ff., zit. in: Samuel, Lenia (s. Fn. 137) S. 17.

<sup>141</sup> Samuel, Lenia (s. Fn. 137) S. 20 f.

<sup>142</sup> Conclusions XV-1, S. 140 (Dänemark), S. 357 (Italien), S. 625 ff. (Großbritannien) zit. in: Samuel, Lenia (s. Fn. 137) S. 19.

<sup>143</sup> Samuel, Lenia (s. Fn. 137) S. 26.

<sup>144</sup> BAG AP Nr. 1 und Nr. 3 zu Art. 6 GG.

<sup>145</sup> Dazu unten 2.2.2.a).

<sup>146</sup> Conclusions VII, S. 6, zit. in: Samuel, Lenia (s. Fn. 137) S. 27.

<sup>147</sup> Conclusions VIII, S. 30, zit. in: Samuel, Lenia (s. Fn. 137) S. 27.

<sup>148</sup> Conclusions XIII-4, S. 331, zit. in: Samuel, Lenia (s. Fn. 137) S. 28.

<sup>149</sup> ESC-Conclusions XII-1 (1988/89), Art. 1 III, Dänemark, S. 65.

<sup>150</sup> Samuel, Lenia (s. Fn. 137) S. 34.

gewährleistet. Dies gilt auch für Nr. 4 des Art. 1 ESC, der sehr generell Berufsberatung, Berufsausbildung und berufliche Wiedereingliederung betrifft, die in Art. 9, 10 und 15 ESC geregelt sind. Das Verhältnis zwischen diesen beiden Normengruppen war denn auch lange Zeit Gegenstand der Interpretation durch den Ausschuss. Zunächst wurde ihr Zusammenspiel so bewertet, dass ein Verstoß gegen Art. 9, 10 oder 15 immer auch Art. 1 Nr. 4 verletzte. Von dieser Auslegung ist der ESC-Ausschuss dann wieder abgerückt und prüft jetzt Art. 1 Nr. 4 separat: *"The purpose of Article 1 of the Charter being to ensure the effective exercise of the right to work, the Committee specified that in order to satisfy the requirements of Art. 1, para. 4, a state must not only have institutions providing vocational guidance, training and rehabilitation, but must also ensure access to the institutions for all those interested, including foreigners, nationals of the states parties to the Charter, and the disabled"*<sup>151</sup>. Daraus folgt, dass ein Verstoß gegen Art. 9, 10 oder 15 nicht notwendigerweise auch als Verstoß gegen Art. 1 Nr. 4 gewertet wird, sondern nur, wenn die Arbeitsvermittlung nicht ausreichend ist oder der gleichberechtigte Zugang nicht gewährleistet ist.

#### b) Kontrolle

Wie die Europäische Menschenrechtskonvention sieht auch die Europäische Sozialcharta ein internationales Rechtsschutzsystem vor, das aber nicht gerichtsförmig ausgestaltet ist.

Zur Kontrolle der staatlichen Verpflichtungen regelt die Sozialcharta gemäß Art. 21 ff. ESC ein Staatenberichtsverfahren vor dem Europäischen Ausschuss für soziale Rechte (früher Sachverständigenausschuss; im Folgenden ESC-Ausschuss), das dem Verfahren vor dem Sozialausschuss des IPWSKR ähnelt. Die Regierungen der Vertragsstaaten müssen dem Europarat alle vier Jahre berichten. Über die Umsetzung der Kernnormen der Europäischen Sozialcharta muss alle zwei Jahre ein Bericht vorgelegt werden. Das Recht auf Arbeit gehört zu diesem Kernbestand.

Änderungen durch die revidierte Fassung der ESC sowie die verfahrensrechtlichen Zusatzprotokolle hat die Bundesrepublik bislang nicht ratifiziert, sodass diese Neuerungen für sie nicht gelten.

Das Staatenberichtsverfahren der ESC ist kompliziert, da mehrere Organe, Ausschüsse und sonstige Beteiligte involviert sind. Bei diesem Verfahren legen die Vertragsstaaten dem Generalsekretär des Europarats alle zwei Jahre einen Bericht über die Umsetzung der von ihnen angenommenen Chartabestimmungen (Art. 20 I lit.b) vor (Art. 21). Überprüft werden die Berichte vom Sachverständigenausschuss, der sich 1998 in „Ausschuss für soziale Rechte“ umbenannt hat (hier: ESC-Ausschuss) und aus mittlerweile zwölf unabhängigen Sachverständigen besteht. Die ILO entsendet eine beratende Person in die Sitzungen des Ausschusses (Art. 26), was die enge Verknüpfung der von beiden Organisationen geschützten Rechte deutlich macht. Auch die Dreigliedrigkeit der ILO spiegelt sich im Berichtsprüfungsverfahren der ESC, denn nationale Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen können zu den Staatenberichten Stellungnahmen abgeben (Art. 23), was sie allerdings nicht oft tun<sup>152</sup>. Dennoch dauern die Prüfungsverfahren, wie beim Sozialausschuss des IPWSKR, mit bis zu drei Jahren sehr lange.

Seine Beurteilung fasst der ESC-Ausschuss in einem Bericht in Gestalt von Schlussfolgerungen (*conclusions*) zusammen. Diese werden an einen Regierungsausschuss weitergeleitet wird, der aus weisungsgebundenen Delegierten der Vertragsparteien sowie Vertreterinnen und Vertretern der Sozialpartner als Beobachtungsgremium besteht. Dieser Regierungsausschuss hat mittlerweile kein eigenes Prüfungsrecht mehr, sondern nur noch politische Überwachungsaufgaben (Art. 27 III). Dennoch beeinträchtigt die Einschaltung von politischen Instanzen die Unabhängigkeit des Verfahrens. So erstellt der Regierungsausschuss einen eigenen Bericht an das Ministerkomitee mit ausgewählten Schlussfolgerungen des ESC-Ausschusses, die wiederum Gegenstand von Empfehlungen des Ministerkomitees an den betroffenen Vertragsstaat werden können. Diese Empfehlungen sind die Sanktion, die die ESC für Vertragsverstöße bereithält. Entsprechend der Unverbindlichkeit der Empfehlungen des Ministerkomitees, kommen viele ESC-Vertragsstaaten ihnen aber nicht nach<sup>153</sup>. Nichtsdestoweniger ist der ESC-Ausschuss die Instanz für die Interpretation sozialer Rechte, die bislang die umfangreichste „Rechtsprechung“ zu einer Vielzahl von wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten (WSK-Rechten) geliefert hat<sup>154</sup>.

## 2.2.2 Europäische Union

### a) Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EG-Vertrag)

Der Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaften (EG-Vertrag)<sup>155</sup> sieht ein Recht auf Arbeit nicht vor. Dennoch enthält das europäische Recht Ansätze oder Bestandteile dessen, was oben als konstitutiv für das Recht auf Arbeit herausgearbeitet wurde, und zwar Maßnahmen gegen Diskriminierung. Schon Art. 141 EG<sup>156</sup> enthält den Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen, der in Richtlinie 75/117/EWG fortgeführt wird. Richtlinie 76/207/EWG geht weiter und strebt die generelle Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf an, eine Richtlinie, die seit zwanzig Jahren in Deutschland die Bekämpfung der Diskriminierung zwischen Männern und Frauen im Arbeitsleben vorangetrieben hat<sup>157</sup>. Sie ist im Jahre 2002 in Richtlinie 2002/73/EG zur Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie um die Arbeitsbedingungen geändert und ausgeweitet worden<sup>158</sup>. Schließlich sieht Art. 13 EG, flankiert von Richtlinie 2000/43/EG, Maßnahmen gegen Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf aus Gründen der „Rasse“, der ethnischen Herkunft, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Orientierung vor.

Versteht man das Recht auf Arbeit so, dass jedenfalls partiell auch das staatliche Arbeitsrecht als Umsetzungsmaßnahme darunter fällt<sup>159</sup>, spielen auch die arbeitsrechtlichen Antidiskriminierungsvorschriften nach europäischem Recht zumindest indirekt eine Rolle, da diese europäischen Regelungen die nationalen Arbeitsrechte mitgestalten. Anders als auf der Ebene des IPWSKR oder der ESC findet hier eine effiziente rechtliche Kontrolle durch den Europäischen Gerichtshof (EuGH) statt<sup>160</sup>.

### b) EU-Grundrechtscharta

Ein „Recht auf Arbeit“ ist auch in der EU-Grundrechtscharta nicht enthalten, hat aber bei der Diskussion um die Charta eine Rolle gespielt.

Nach Billigung durch den Europäischen Rat auf dem Gipfel von Nizza wurde die Grundrechtscharta im Dezember 2000 als politische Erklärung vom Europäischen Parlament, dem Rat und der Kommission proklamiert. Sie ist zwar bislang noch nicht rechtsverbindlich – ihre rechtliche Wirksamkeit wird davon abhängen, ob sie Bestandteil des EU- bzw. EG-Vertrages und damit der Gerichtsbarkeit des EuGH unterworfen wird –, sie bringt aber die gemeinsamen Überzeugungen der Mitgliedstaaten zum Ausdruck.

Eine einheitliche Überzeugung ließ sich jedoch hinsichtlich des Umfangs der sozialen Grundrechte, die im Kapitel „Solidarität“ zusammengefasst sind, nicht finden. Dort sind Umweltschutz (Art. 37), Verbraucherschutz (Art. 38) oder Gesundheitsschutz (Art. 35) genannt, das Recht auf Arbeit ist nicht aufgeführt. Allerdings nehmen die Schlussfolgerungen des Kölner Gipfels vom Juni 1999, auf dem die Grundrechtscharta beschlossen wurde, auf Art. 136 EG Bezug, der sich wiederum auf die ESC und die Gemeinschaftscharta sozialer Grundrechte der Arbeitnehmer von 1989 bezieht:

*"Die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten verfolgen eingedenk der sozialen Grundrechte, wie sie in der am 18.10.1961 in Turin unterzeichneten Europäischen Sozialcharta und in der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer von 1989 festgelegt sind, folgende Ziele: die Förderung der Beschäftigung, ..., die Entwicklung des Arbeitskräftepotentials im Hinblick auf ein dauerhaft hohes Beschäftigungsniveau ...."*

Darüber hinaus enthält die Grundrechtscharta mit dem Verbot der Zwangsarbeit (Art. 5) oder dem Recht auf Zugang zu einem Arbeitsvermittlungsdienst (Art. 29) einzelne Aspekte des Rechts auf Arbeit. Auch Diskriminierungsverbote und etliche Rechte in der Arbeit sind normiert.

Allerdings bleibt problematisch, dass die Gemeinschaftspolitik zwar auf einen umfassenden Gesundheits-, Umwelt- und Verbraucherschutz verpflichtet werden soll, nicht aber auf ein hohes Beschäftigungsniveau. Es ist jedoch nicht auszuschließen, dass der EuGH Art. 15,

<sup>151</sup> Conclusions XII-1, S. 67 und Conclusions XII-2, S. 57, zit. in: Samuel, Lenia (s. Fn. 137) S. 37.

<sup>152</sup> Harris, David / Darcy, John, The European Social Charter, 2001, 2. Aufl., S. 316.

<sup>153</sup> ebd. S. 376.

<sup>154</sup> Rosas, Allan / Scheinin, Martin, Implementation Mechanisms and Remedies, in: Eide/Krause/Rosas (Hrsg.), Economic, Social and Cultural Rights, 2001, 2. Aufl., S. 436.

<sup>155</sup> BGBl. II 1957 S. 766.

<sup>156</sup> Die vom EuGH verwendete Abkürzung für die Artikel des EG-Vertrages in der Fassung des Vertrages von Amsterdam.

<sup>157</sup> Dazu Körner, Marita, Der Dialog des EuGH mit den deutschen Arbeitsgerichten, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2001, 1046.

<sup>158</sup> Zu den neuen Gegenständen Rust, Ursula, Änderungsrichtlinie 2002 zur Gleichbehandlungsrichtlinie von 1976, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2003, 72 ff.

<sup>159</sup> So oben 1.2.2 und unten 3.2.2.

<sup>160</sup> Zur Kontrolle unten 2.2.2.c).



der jeder Person garantiert „zu arbeiten und einen frei gewählten oder angenommenen Beruf auszuüben“, in diese Richtung interpretieren wird, sobald die Charta rechtsverbindlich ist<sup>161</sup>.

### c) Kontrolle

Die Kontrolle des Rechts auf Arbeit durch den EuGH in Betracht zu ziehen, erscheint zunächst abwegig, enthalten doch weder der EG-Vertrag noch das sekundäre Gemeinschaftsrecht ein Recht auf Arbeit. Dort sind aber der Diskriminierungsschutz im Beschäftigungsverhältnis sowie wichtige Teile des Arbeitsrechts geregelt, die wiederum Ausfluss eines Rechts auf Arbeit sind. Hier hat der Europäische Gerichtshof mit seiner Rechtsprechung Weichen gestellt.

Der EuGH „sichert die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung dieses Vertrages“ (Art. 220 EG). Von besonderer Bedeutung sind die Vorabentscheidungsverfahren, bei denen ein nationales Gericht, das in einem Rechtsstreit eine Frage des Europarechts für ausschlaggebend hält, dem EuGH diese Frage vorlegen kann (Art. 234 EG). Die Entscheidung des EuGH ist für das nationale Gericht bindend. Deutsche Gerichte, vor allem deutsche Arbeitsgerichte, legen häufig Streit-sachen beim EuGH vor, der auf diese Weise starken Einfluss auf die nationale Rechtsentwicklung nimmt.

## 3 Die Umsetzung des Rechts auf Arbeit in Deutschland

### 3.1 Innerstaatliche Umsetzung völkerrechtlicher Pflichten

Das Recht auf Arbeit ist in den erörterten völkerrechtlichen Verträgen niedergelegt, die nicht ohne Weiteres Bestandteil der deutschen Rechtsordnung sind.

Das Grundgesetz legt sich, was das Verhältnis von Völkerrecht und nationalem Recht angeht, zwar nicht eindeutig fest, folgt aber in den einzelnen, das Völkerrecht betreffenden Artikeln eher einem dualistischen Ansatz, wonach Völkerrecht und nationales Recht nicht von vornherein Bestandteile einer einheitlichen Rechtsordnung sind. Das ist beim monistischen Ansatz anders, der zum Beispiel in Art. 53 und 55 der französischen Verfassung verankert ist. Danach gilt der IPWSKR als völkerrechtlicher Vertrag innerstaatlich unmittelbar und vorrangig. Dieser Ansatz ist für die geschützten Personen günstiger, weil sie sich vor nationalen Gerichten direkt auf den Pakt berufen können, jedenfalls dann, wenn das konkrete Recht unmittelbar anwendbar ist.

In Deutschland dagegen müssen völkerrechtliche Normen in innerstaatliches Recht transformiert werden, was bei völkerrechtlichen Verträgen durch ein Zustimmungsgesetz des Bundestages gemäß Art. 59 II GG geschieht. Der transformierte völkerrechtliche Vertrag hat dann den Rang eines einfachen Bundesgesetzes<sup>162</sup>. Er ist anderen Bundesgesetzen damit gleichgestellt und geht ihnen nicht etwa vor, kann also durch nachfolgende innerstaatliche Normen auch außer Kraft gesetzt werden. Jedoch geht das Bundesverfassungsgericht davon aus, dass nachfolgende Gesetze völkerrechtsfreundlich auszulegen sind, da nicht anzunehmen ist, dass der Staat gegen seine völkerrechtlichen Pflichten verstoßen will.

Die oben behandelten völkerrechtlichen Verträge, die das Recht auf Arbeit einräumen, sind alle durch Transformationsgesetz ins Bundesrecht überführt worden<sup>163</sup>, sodass sie in der Bundesrepublik anwendbar sind.

Allerdings werden sie von den Gerichten für die Entscheidung konkreter Fälle kaum herangezogen. Das mag zum einen mit Rechtstraditionen zu tun haben. Im anglo-amerikanischen Rechtskreis mit seinem fallbezogenen Recht finden sich internationale Rechtsnormen zur Begründung von nationalen Rechtsstreitigkeiten viel häufiger als bei deutschen Gerichten, sogar dann, wenn die jeweiligen völkerrechtlichen Instrumente für das jeweiligen Land gar nicht bindend sind<sup>164</sup>. Deutsche Gerichte sind in dieser Hinsicht, hier in Bezug auf das Recht auf Arbeit, vermutlich auch deshalb viel zurückhaltender, weil zum einen der verfassungsmäßige Schutz dieses Rechts insbesondere über das Sozialstaatsgebot des Grundgesetzes schon stark, wenn auch nicht umfassend ist und zum anderen viele Ausflüsse des Rechts auf Arbeit in deutschen Gesetzen geregelt sind, mit denen sich die Gerichte auf vertrautem Terrain bewegen. Erwähnt seien nur grundlegende arbeitsrechtliche Gewährleistungen, wie der Kündigungsschutz oder sozialrechtliche Rechte, die sich aus dem SGB III ergeben, das die Arbeitsförderung und die Arbeitslosenversicherung betrifft. Außerdem ist die unmittelbare Anwendbarkeit für die nationalen Gerichte erschwert, da das Recht auf Arbeit international nur sehr allgemein geregelt ist. Auch die „Rechtsprechung“ der Überwachungsausschüsse bietet hier oft noch nicht genug Anhaltspunkte, da das „Fallrecht“ noch sehr punktuell ist<sup>165</sup> und häufig keine präzise Interpretation darstellt.

<sup>161</sup> So auch Weiss, Manfred, Grundrechte-Charta der EU auch für Arbeitnehmer?, Arbeit und Recht (AuR) 2001, 374.

<sup>162</sup> Für Völkergewohnheitsrecht gilt die Transformation des Art. 25 GG.

<sup>163</sup> Die jeweiligen Hinweise auf die Quelle in BGBl. finden sich oben bei den jeweiligen Verträgen.

<sup>164</sup> Vgl. Körner-Dammann, Marita, Bedeutung und faktische Wirkung von ILO-Standards, 1991, S. 120 ff.

<sup>165</sup> Ähnlich auch Rosas, Allan / Scheinin, Martin (siehe Fn. 154) S. 425 ff., 452.

### 3.2 Maßnahmen zur Realisierung des "Rechts auf Arbeit"

#### 3.2.1 Beschäftigungspolitik

Wie oben schon festgestellt, handelt es sich beim „Recht auf Arbeit“ nicht um einen Anspruch des Einzelnen auf einen bestimmten Arbeitsplatz. Zur Gewährleistung dieses Rechts ist also der Staat in anderer Weise aufgerufen. Im weitesten Sinne geht es um die staatliche Wirtschaftspolitik, speziell um die Beschäftigungspolitik.

Art. 109 II GG verpflichtet Bund und Länder, bei ihrer Haushaltswirtschaft den Erfordernissen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts Rechnung zu tragen. Was das heißt, wird in § 1 des nach wie vor geltenden Gesetzes zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft (StWG) von 1967 näher ausgeführt. Danach sind wirtschafts- und finanzpolitische Maßnahmen so zu treffen, „dass sie im Rahmen der marktwirtschaftlichen Ordnung gleichzeitig zur Stabilität des Preisniveaus, zu einem hohen Beschäftigungsstand und außenwirtschaftlichem Gleichgewicht bei stetigem und angemessenem Wirtschaftswachstum beitragen“. Ein Vorrang der Beschäftigungspolitik ergibt sich daraus nicht.

#### a) Vollbeschäftigung als Ziel

Schon der Begriff der Vollbeschäftigung ist nicht eindeutig. In der Regel wird er quantitativ gefasst. So ging die Bundesregierung bis 1974 von Vollbeschäftigung aus, wenn die Arbeitslosenquote nicht über 1,2% lag. 1975 betrug diese Quote dann schon 2,5%, und bis 1977 war sie auf 4% gestiegen<sup>166</sup>. Außerdem ist dieses Ziel auf unterschiedlichen wirtschaftspolitischen Wegen erreichbar, die wiederum auf in der Regel umstrittenen wirtschaftswissenschaftlichen Prognosen beruhen.

Die arbeitsmarktsteuernden Eingriffsmöglichkeiten des Staates haben sich seit der Schaffung einer europäischen Wirtschafts- und Währungsunion verschoben. Die für eine Vollbeschäftigungspolitik wichtige Möglichkeit des Bundes, der Länder und der Gemeinden, für besonders bedeutsame Investitionen „zur Abwehr

einer Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts Finanzhilfen zu gewähren“ (Art. 104 a IV GG), ist ohne europäisches Placet nicht mehr ohne Weiteres möglich, da das Subventionsverbot des Art. 157 EG einzuhalten ist.

Auch nationale Wechselkursanpassungen wurden bis zur Einführung der Währungsunion regelmäßig als Instrument der Beschäftigungspolitik eingesetzt. Diese Möglichkeit ist ebenfalls entfallen.

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob das Kriterium der Vollbeschäftigung als ein wichtiges Element des Rechts auf Arbeit überhaupt noch zeitgemäß ist, suggeriert es doch reguläre Vollzeitstellen für alle, die erwerbstätig sein wollen.

Die Wachstumsphase seit 1950 ging aber schon Ende der siebziger Jahre des 20. Jahrhunderts zu Ende, weshalb der Sozialwissenschaftler Burkart Lutz diesen Zeitraum auch als „kurzen Traum immerwährender Prosperität“ bezeichnet hat<sup>167</sup>. Weitere Jahrzehnte waren aber nötig, um zu realisieren, dass die veränderten Strukturen in einer Wissensgesellschaft die Kalkulation, dass mehr Wachstum zu mehr Beschäftigung führt, nicht mehr aufgeht, weil eine wissens- und kapitalintensive Wirtschaft nicht immer mehr Beschäftigte benötigt. Wenn dieser Zusammenhang richtig ist – die Wirtschaftswissenschaften forschen noch –, ist auch in Wachstumsphasen keine Vollbeschäftigung mehr zu erreichen. Der Philosoph und Soziologe Ralf Dahrendorf schließt daraus: „Die Wissensgesellschaft erweist sich als eine Gesellschaft des bewussten Ausschlusses vieler aus der modernen Arbeitswelt“<sup>168</sup>.

Diesem Umstand entsprechen neue politische Konzepte zum Arbeitsmarkt, die unter anderem darauf hinaus laufen, mehr befristete Stellen, neue Beschäftigungsformen, wie zum Beispiel Telearbeit oder Arbeit auf Abruf, und mehr Niedriglohnkräfte zuzulassen.

#### b) Arbeitsförderung

Seit Jahrzehnten wird in der Bundesrepublik Arbeitsförderung für die abhängige Beschäftigung mit unterschiedlichen Ansätzen betrieben. Zunächst hatte das Arbeitsförderungsgesetz von 1969 (AFG), das die Auf-

gaben und Leistungen der Bundesanstalt für Arbeit regelte, die Tendenz zu einer globalen Steuerung des Arbeitsmarktes verstärkt und in Gestalt von Maßnahmen zur Förderung von beruflicher Bildung, beruflicher Eingliederung von Problemgruppen und vor allem mit umfangreichen Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen (ABM) einen hohen Beschäftigungsstand erreichen wollen.

Die Verschlechterung am Arbeitsmarkt spiegelte sich auch in den etwa 100 Änderungen des AFG im Laufe seiner fast dreißigjährigen Geschichte, die graduell Leistungen einschränkten. So besteht zum Beispiel auf einen wesentlichen Bestandteil der Arbeitsförderung, auf die Förderung der beruflichen Qualifizierung von Arbeitslosen oder von Arbeitslosigkeit bedrohten Beschäftigten, schon seit 1994 kein Rechtsanspruch mehr.

Das 3. Sozialgesetzbuch (SGB III), das 1997 das AFG ersetzte, hat diese Entwicklung fortgesetzt. Verschärft hat sich durch das SGB III vor allem die Abkehr von einer aktiven Arbeitsmarktpolitik, indem die Verantwortung der Beteiligten, also der Arbeitgeber/innen und Arbeitnehmer/innen für die Vermeidung von Arbeitslosigkeit in den Vordergrund gerückt wurde und die Leistungen des Staates, insbesondere die Schaffung von Ersatzarbeitsplätzen des zweiten Arbeitsmarktes durch ABM und SAM (Strukturanpassungsmaßnahmen), weiter zurückgedrängt wurden. Entsprechend regelt § 1 I SGB III, dass die Leistungen der Arbeitsförderung mit der Wirtschafts- und Finanzpolitik der Bundesregierung in Einklang stehen müssten.

Auch neue Instrumente wurden durch das SGB III eingeführt, wie zum Beispiel Zuschüsse zu Sozialplanleistungen (§§ 254 ff. SGB III). Hier soll zur Vermeidung von Arbeitslosigkeit bei Massenentlassungen der Anreiz erhöht werden, in Sozialplänen nicht Abfindungen, sondern beschäftigungswirksame Maßnahmen, zum Beispiel Umschulungen, zu vereinbaren. Diese Umschulungen werden dann zwar staatlich bezuschusst, aber in den Verantwortungsbereich der Sozialpartner gelegt. Eines der wichtigsten Beispiele in der Praxis sind die Transfer-Sozialpläne in der chemischen Industrie<sup>169</sup>.

Derzeit ist angesichts der Misere der Staatsfinanzen eine weitere Rücknahme der staatlichen Arbeitssub-

ventionierung zu beobachten. Abgesehen von den an der Schnittstelle von Arbeits- und Sozialrecht angesiedelten Hartz-Reformen<sup>170</sup> ist vor allem das Job-AQTIV-Gesetz vom 10.12.2001<sup>171</sup> dafür ein Beispiel. Dieses Gesetz, das das SGB III reformiert, stellt mit seinem Ansatz des „Fördern und Fordern“ die Prävention in den Vordergrund der Beschäftigungspolitik. Das ist zum Teil zwar wieder eine Rückkehr zu aktiver Arbeitsmarktpolitik, denn es werden präventive Maßnahmen wie die Jobrotation eingeführt, besondere Beschäftigtengruppen (Frauen, ältere Beschäftigte und Jugendliche) gefördert und vor allem die Arbeitsvermittlung durch „Profiling und Assessment“ sowie Eingliederungsvereinbarungen gestärkt<sup>172</sup>.

Ganz freiwillig erfolgte diese Wende allerdings nicht, denn die Betonung der Prävention und die zeitliche Vorverlagerung der Förderungsinstrumente ergibt sich aus den beschäftigungspolitischen Leitlinien der EU, die jährlich angepasst werden und vor allem auf die Vermeidung von Langzeitarbeitslosigkeit und die Bekämpfung der Jugendarbeitslosigkeit zielen<sup>173</sup>.

#### c) Förderung der selbständigen Berufstätigkeit

Die EU-Leitlinien zur Beschäftigungspolitik enthalten auch die Aufforderung, die selbständige Berufstätigkeit zu fördern. Diese Unterstützung erfolgt in der Bundesrepublik mit den Mitteln der Arbeitsförderung im Wesentlichen auf zwei Wegen. Zum einen kann Betroffenen, die Arbeitslosigkeit beenden oder vermeiden wollen, gemäß § 57 SGB III ein Überbrückungsgeld gezahlt werden, um die Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit durch die Sicherung des Lebensunterhalts für sechs Monate zu erleichtern. Das Überbrückungsgeld ist sogar höher als das vorherige Arbeitslosengeld, da auch pauschalierte Sozialversicherungsbeiträge gezahlt werden. Inhaltliche Unterstützung in Form von Existenzgründungsberatung wird allerdings nicht gewährt, und weder während der Zeit der Zahlung noch darüber hinaus findet ein Feedback statt, sodass kaum beurteilt werden kann, ob die Existenzgründung von Dauer ist. Jedenfalls erscheinen die Existenzgründer/innen aber nicht mehr in der Arbeitslosenstatistik.

Während für das Überbrückungsgeld Firmenkonzept, Finanzplanung und Stellungnahmen von Fachverbän-

<sup>166</sup> Zit. nach Bieback, Karl-Jürgen, in: Achten/Bieback/Däubler (siehe Fn. 1) S. 106.

<sup>167</sup> Zit. in Die Zeit Nr. 20, 8.5.2003, S. 6.

<sup>168</sup> ebd.

<sup>169</sup> Stindt, Heinrich M., Der Transfer-Sozialplan: ein innovatives Verbundprodukt aus Betriebsverfassungsrecht und Arbeitsförderungsrecht, in: Arbeitsrecht im Strukturwandel, Festschrift für Friedrich Karl Weispach, 2002, S. 147 ff.

<sup>170</sup> Erstes und zweites Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23.12.2002 (BGBl. I 4607, 4621).

<sup>171</sup> BGBl. I 3443.

<sup>172</sup> Zu den Einzelheiten vgl. Körner, Marita, Die Reform des SGB III durch das Job-AQTIV-Gesetz, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2002, 241 ff.

<sup>173</sup> Dazu näher unten d).

den vorgelegt werden müssen, sind die Hürden für das jüngste Unterstützungsmodell für Selbständige viel niedriger. Die aus den Hartz-Vorschlägen hervorgegangenen, seit dem 1.1.2003 gewährten Existenzgründungszuschüsse („Ich-AG“ – § 421 I SGB III) werden bis zu drei Jahre lang an allein arbeitende Existenzgründer/innen gezahlt, die zuvor arbeitslos waren oder an einer ABM- oder SAM-Maßnahme teilgenommen haben und die voraussichtlich nicht mehr als 25.000 Euro Arbeitseinkommen im Jahr erzielen werden.

Auch über die SGB III-Maßnahmen hinaus werden die rechtlichen Rahmenbedingungen für Existenzgründer verbessert, wie zum Beispiel mittels Änderung der Handwerksordnung, die durch Abschaffung des Meisterzwangs für viele Handwerke die selbständige Führung eines Betriebs erleichtert.

#### d) Europäische Beschäftigungspolitik

Die vorliegende Untersuchung beschäftigt sich mit dem Menschenrecht auf Arbeit und seiner Umsetzung in Deutschland. Dennoch ist ein Blick auf die europäische Ebene unabdingbar, da auch im Rahmen der Beschäftigungspolitik der Spielraum der nationalen Regierungen immer kleiner wird. Auf die Rechtsprechung des EuGH und ihre Einflussnahme auf die nationalen Rechtsordnungen wurde schon hingewiesen<sup>174</sup>. Die EU betreibt aber seit etwa zehn Jahren verstärkt auch eine eigene Beschäftigungspolitik.

Das Ziel der europäischen Beschäftigungsförderung ergibt sich auch schon unmittelbar aus der Einstiegsnorm des EG-Vertrages für die Sozialpolitik, aus Art. 136. Danach fällt die Sozialpolitik in die gemeinsame Zuständigkeit der Europäischen Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten, wobei sich die Ziele der europäischen Sozialpolitik zum einen aus der Europäischen Sozialcharta – hiermit ist indirekt auf das Recht auf Arbeit verwiesen – und zum anderen aus der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer von 1989 ergeben.

Gleichzeitig hat die Union seit dem Vertrag von Amsterdam 1997 entscheidende Schritte in Richtung auf eine gemeinsame Beschäftigungspolitik unternommen.

Der Vertrag von Rom enthielt außer den Bestimmungen zur Freizügigkeit der Arbeitnehmer (Art. 39–42 EG; Art. 48–51 EWGV a.F.) und der Niederlassungsfreiheit (Art. 43–48 EG) keine Regelungen zu Sozial- oder Beschäftigungspolitik. Durch den Revisionsvertrag von Amsterdam vom 2.10.1997, in Kraft seit 1.5.1999, wurde die Beschäftigungsförderung in Art. 2 EG als Ziel der Gemeinschaft in den Vertrag aufgenommen. Es soll ein „hohes Beschäftigungsniveau“ erreicht werden, ohne die Wettbewerbsfähigkeit zu beeinträchtigen. Eine neue EU-Zuständigkeit im Titel VIII des EG-Vertrages (Art. 125 – 130) ermöglicht die Entwicklung einer „koordinierten Beschäftigungsstrategie“. In Art. 126 II verpflichten sich die Mitgliedstaaten, ihre beschäftigungsfördernden Maßnahmen aufeinander abzustimmen. Die Gemeinschaft wiederum

*„trägt zu einem hohen Beschäftigungsniveau bei, indem sie die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten fördert und deren Maßnahmen in diesem Bereich unterstützt und erforderlichenfalls ergänzt.“* (Art. 127 I EG)

Zu diesem Zweck wird unter anderem auch ein Beschäftigungsausschuss mit beratender Funktion eingesetzt, in den jeder Mitgliedstaat und die Kommission je zwei Mitglieder entsenden und in dem die Sozialpartner ein Anhörungsrecht haben (Art. 130). Damit sind Letztere aber nicht zufrieden. Dies ist einer der Gründe, warum der Rat am 6.3.2003 beschlossen hat, einen Dreigliedrigen Sozialgipfel für Wachstum und Beschäftigung einzurichten, der in Fragen der Beschäftigungsförderung zu einer Konzertierung von Rat, Kommission und Sozialpartnern führen soll<sup>175</sup>.

Kern der beschäftigungsfördernden Initiativen sind die Beschäftigungspolitischen Leitlinien, die der Rat auf Vorschlag der Kommission jedes Jahr mit qualifizierter Mehrheit festlegt und die die Mitgliedstaaten in ihrer Beschäftigungspolitik berücksichtigen sollen (Art. 128 II). Über die Umsetzung der Leitlinien müssen die Mitgliedstaaten jährlich dem Rat und der Kommission berichten; der Beschäftigungsausschuss nimmt zu den Berichten Stellung. Wiederum auf Vorschlag der Kommission kann der Rat nach Prüfung der Berichte Empfehlungen an die Mitgliedstaaten richten. Außerdem wird ein Jahresbericht über die Beschäftigungslage in

der Union und die Umsetzung der beschäftigungspolitischen Leitlinien erstellt.

Die Kommission entwickelt die EU-Beschäftigungsinitiativen ständig weiter. Zuletzt hat sie zur Zukunft der Europäischen Beschäftigungsstrategie (EBS) an den Rat „Eine Strategie für Vollbeschäftigung und bessere Arbeitsplätze für alle“ gerichtet<sup>176</sup>. Mittlerweile liegt auch der Kommissionsvorschlag für grundlegend überarbeitete Beschäftigungspolitische Leitlinien vor, in denen die Beschäftigungsstrategie neu auf konkrete mittelfristige Ziele bis zum Jahr 2010 festgelegt wird<sup>177</sup>. Die Beschäftigungspolitiken der Mitgliedstaaten sollen auf die Ziele Vollbeschäftigung<sup>178</sup>, Arbeitsplatzqualität und Arbeitsproduktivität sowie soziale Integration ausgerichtet werden, wobei bei allen Maßnahmen der Gender-Mainstreaming-Ansatz zugrunde zu legen ist. Er bedeutet, dass jede arbeitsmarktpolitische Maßnahme auf ihre Auswirkungen auf die beiden Geschlechter hin zu prüfen ist, Gleichstellung also als eine Querschnittsaufgabe verstanden werden muss.

An umzusetzenden Maßnahmen wird unter anderem vorgesehen, dass der Zugang zu Ausbildungs- und Weiterbildungsmaßnahmen gewährleistet werden muss, die selbständige Berufstätigkeit gefördert werden soll oder der Zugang von Frauen, älteren Arbeitskräften, Menschen mit Behinderungen und Menschen mit Migrationshintergrund zum Arbeitsmarkt durch einen lebenszyklusorientierten Ansatz zu verbessern ist. Konkret wird zum Beispiel, in Anlehnung an eine Vereinbarung des Europäischen Rates, festgelegt, bis 2010 für mindestens 90% der Kinder zwischen drei Jahren und dem Schulpflichtalter und für mindestens 33% der jüngeren Kinder Betreuungsplätze zur Verfügung zu stellen.

Auch „bittere Pillen“ sind in den neuen Vorschlägen enthalten. Für die älteren Arbeitskräfte wird unter anderem eine Erhöhung des effektiven Rentenein-

trittsalters angestrebt, das im EU-Durchschnitt noch unter 60 Jahren liegt. Außerdem sollen Leistungen bei Arbeitslosigkeit nur noch so hoch sein, dass der Anreiz zur Arbeitsaufnahme erhalten bleibt, was Deutschland durch die Einschränkung der Bezugsdauer von Arbeitslosengeld zu erreichen versucht. Schließlich werden die Mitgliedstaaten aufgefordert, „das Arbeitsrecht zu reformieren, indem sie allzu restriktive Bestimmungen lockern, die die Arbeitsmarktdynamik beeinträchtigen“<sup>179</sup>.

Seit dem Jahr 2000 sind die Beschäftigungspolitischen Leitlinien der Kommission gekoppelt mit Empfehlungen des Rates, den Mitgliedstaaten Orientierungen für die Umsetzung der Leitlinien zu geben. Im jüngsten Entwurf der Kommission zu diesen Empfehlungen werden generell leistungsfähigere Arbeitsverwaltungen verlangt<sup>180</sup>. Deutschland hat bereits mit der Reform der Bundesanstalt für Arbeit durch die Hartz-Gesetze versucht, diesem Ziel näher zu kommen<sup>181</sup>.

Speziell an Deutschland gerichtet sind die Empfehlungen, dass die Arbeitsmarktmaßnahmen noch stärker an den Langzeitarbeitslosen ausgerichtet werden sollen und dass der Schwerpunkt der Maßnahmen auf die neuen Bundesländer gelegt werden sollte, wo die Arbeitslosigkeit besonders hoch ist. Darüber hinaus wird wieder die Gleichstellung der Geschlechter angemaht, und dabei werden nicht nur unmittelbare Arbeitsmarktinstrumente, sondern auch eine Beseitigung der negativen Auswirkungen des Steuer- und Sozialleistungssystems auf die Frauenbeschäftigung empfohlen<sup>182</sup>.

Besonders heikel sind die Überlegungen der Kommission zur Behinderung der Arbeitsplatzbeschaffung durch arbeitsrechtliche Regelungen. Hier nennt die Kommission als Beispiele den Flächentarifvertrag und das Günstigkeitsprinzip, bisherige Kernregelungen des deutschen kollektiven Arbeitsrechts, als überdenkenswert.

<sup>174</sup> Hierzu auch Körner, Marita, Der Dialog des EuGH mit den deutschen Arbeitsgerichten – das Beispiel der Gleichbehandlung, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2001, 1046; dies., The impact of community law on German labour law – the example of transfer of undertakings, European University Institute Working Papers Law No. 96/8. Dazu auch noch unten 3.3.5.

<sup>175</sup> Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, ABl. L 70/31 vom 14.3.2003.

<sup>176</sup> KOM/2003/0006 endg. vom 14.1.03.

<sup>177</sup> Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Vorschlag für einen Beschluss des Rates über die Leitlinien für Beschäftigungspolitische Maßnahmen der Mitgliedstaaten, Mai 2003, abrufbar unter [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int) (Tätigkeitsschwerpunkte, Beschäftigungspolitik).

<sup>178</sup> Hier werden konkrete Prozentsätze festgelegt, die im Durchschnitt erreicht werden sollen, zum Beispiel eine Gesamtbeschäftigtenquote von 70% bis 2010 oder eine Beschäftigtenquote von 50% bei den älteren Arbeitskräften bis 2010 oder eine Frauenbeschäftigungsquote von 60% bis 2010.

<sup>179</sup> Dazu noch näher unten 3.2.2.

<sup>180</sup> Kommission der Europäischen Gemeinschaften: Empfehlung für eine Empfehlung des Rates zur Durchführung der Beschäftigungspolitik der Mitgliedstaaten, Mai 2003. Zu finden unter [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int) (Tätigkeitsschwerpunkte; Beschäftigungspolitik).

<sup>181</sup> Über die Schwierigkeiten der Realisierung in der Praxis vgl. unter anderem Süddeutsche Zeitung (SZ) Nr. 124, 31.5.2003, S. 28: „Ein Koloss zittert – Hartz ist von unrealistischen Größen ausgegangen“.

<sup>182</sup> Kommission der Europäischen Gemeinschaften: Empfehlung für eine Empfehlung des Rates zur Durchführung der Beschäftigungspolitik der Mitgliedstaaten, Mai 2003 (s. Fn. 180).



### 3.2.2 Arbeitsrecht als Umsetzung des „Rechts auf Arbeit“?

Diese Vorstellungen der Kommission der Europäischen Gemeinschaften deuten schon an, dass Arbeitsrecht für die Beschäftigung und die Arbeitsmarktpolitik eine große Rolle spielt.

#### a) Gerechte Arbeitsbedingungen

Inwieweit Arbeitsrecht als Arbeitnehmerschutzrecht zur Umsetzung des Rechts auf Arbeit beiträgt, ist aber nicht einfach zu beantworten. Zunächst muss das Recht auf Arbeit nicht ausschließlich auf eine Grundnorm gestützt werden, sondern es ist denkbar, dass sich die Umsetzung dieses Rechts auch aus der Summe einzelgesetzlicher Ansprüche ergibt.

Allerdings befasst sich das Arbeitsrecht fast ausschließlich mit dem bestehenden Arbeitsverhältnis, das heißt mit seinem Inhalt und seiner Beendigung. Für das Zustandekommen eines Arbeitsvertrages – und darauf richtet sich das Recht auf Arbeit – regelt das deutsche Arbeitsrecht nur die Modalitäten des Abschlusses des Arbeitsvertrages, zum Beispiel das Fragerecht des/r Arbeitgeber/s/in im Bewerbungsverfahren.

Insoweit sind arbeitsrechtliche Regelungen nicht Umsetzung des Rechts auf Arbeit. Jedoch ist dieses Recht nicht mit der Beschaffung eines Arbeitsplatzes erfüllt. Dazu gehören auch die Gewährleistung gerechter Arbeitsbedingungen und die Sicherung des Arbeitsplatzes, wie sich aus Teil I Nr. 2–4 der Europäischen Sozialcharta und auch aus Art. 7–9 des IPWSKR ergibt.

Also ist das Arbeitsrecht zwar nicht unmittelbar Verwirklichung des Rechts auf Arbeit; Arbeitsrecht kann aber wichtige Einzelaspekte des Rechts auf Arbeit erfüllen.

#### b) Bestandsschutz

Seit langem wird darum gestritten, ob und inwieweit das deutsche Kündigungsschutzgesetz (KSchG) Be-

schäftigung verhindert<sup>183</sup>. Die Lockerung des Kündigungsschutzes in den Jahren zwischen 1996 bis 1998 durch die Heraufsetzung des Schwellenwertes von 5 auf 10 Beschäftigten pro Betrieb für die Anwendbarkeit des KSchG jedenfalls hatte keinen beschäftigungsfördernden Effekt; allerdings war der Zeitraum für signifikante Aussagen mit zwei Jahren wohl zu kurz.

Dennoch wird in den kündigungrechtlichen Vorschlägen der „Agenda 2010“ der Schwellenwert dadurch faktisch wieder erhöht, dass bei der Feststellung der Zahl der Beschäftigten diejenigen mit befristetem Arbeitsvertrag nicht mitgezählt werden sollen<sup>184</sup>.

Auch die kürzlich veröffentlichte Studie der Hans-Böckler-Stiftung zur Beendigung von Arbeitsverhältnissen kommt unter anderem zu dem Ergebnis, dass es keinen empirischen Beleg für eine negative Wirkung des Schwellenwertes des KSchG gibt und arbeitet auch heraus, dass etliche hemmende Wirkungen, die dem Kündigungsschutzrecht zugeschrieben werden, in der Realität nicht zu belegen sind<sup>185</sup>. Allerdings macht die Untersuchung ausdrücklich keine Aussagen zu unter Umständen dennoch prohibitiven Wirkungen der Regelungen zum Kündigungsschutz und seien sie nur psychologischer Natur.

#### c) Deregulierung

Für die Realisierung des Rechts auf Arbeit spielt die Struktur des Arbeitsrechts eine bedeutsame Rolle, denn es gibt nicht wenige Stimmen, die ein restriktives Arbeitsrecht für ein Beschäftigungshindernis halten, da insbesondere bestehende Arbeitsverhältnisse geschützt, Neueinstellungen aber behindert würden.

Arbeitsrecht schützt die Inhaber eines Arbeitsplatzes. Das „Recht auf Arbeit“ hat diejenigen im Auge, die keine Arbeit haben. Arbeitsrecht und „Recht auf Arbeit“ könnten sich also ergänzen. In Zeiten der Vollbeschäftigung ist das denkbar, in Zeiten hoher Arbeitslosigkeit hat man es eher mit Antagonisten zu tun. Das zeigt schon die seit einigen Jahren geführte Diskussion um

eine Deregulierung im Arbeitsrecht. Deregulierung meint die Lockerung arbeitsrechtlicher Restriktionen und hat die Ausweitung befristeter Einstellungen, die Erleichterung von Leiharbeit, die Aufhebung des in Deutschland gerade erst eingeführten Anspruchs auf Teilzeitarbeit, vor allem aber die Abschaffung des Flächentarifvertrages und die schon genannte Vereinfachung des Kündigungsschutzrechts im Visier.

Man kann sich jeden Aspekt des Arbeitsrechts vornehmen und fragen, ob seine Lockerung oder Abschaffung zu mehr Beschäftigung führen würde. Noch weniger als im Kündigungsrecht gibt es für die übrigen Bereiche empirische Grundlagen, die die eine oder andere Annahme stützen würden.

Es ist daher sehr spekulativ, sich von arbeitsrechtlicher Deregulierung deutliche Beschäftigungseffekte zu erhoffen. Im Gegenteil ist seit einigen Jahren ein wirtschaftliches Wachstum ohne Beschäftigungseffekt, „jobless growth“, zu beobachten, unabhängig von der Ausgestaltung des Arbeitsrechts.

#### d) Der Ansatz der Europäischen Union (EU)

Ganz anders ist auch hier der Ansatz der Europäischen Union. Auch sie hat den prinzipiellen Zusammenhang zwischen der Ausgestaltung des Arbeitsrechts und der Beschäftigung erkannt, sie kommt aber zu anderen Ergebnissen als die Protagonisten der reinen Deregulierung. Der EU-Gesetzgeber betreibt ganz gezielt eine eigene Beschäftigungsstrategie mittels arbeitsrechtlicher Maßnahmen in Gestalt von Richtlinien, die in die nationalen Arbeitsrechte der Mitgliedstaaten umgesetzt werden müssen. Schon der EG-Vertrag selbst stellt in Art. 136 klar, dass ein Ziel der Sozialpolitik die Förderung der Beschäftigung ist. In Art. 137 wird dann geregelt, dass zur Erreichung dieses Ziels unter anderem Richtlinien über Arbeitsbedingungen erlassen werden dürfen (und zwar mit qualifizierter Mehrheit, was sehr wichtig für die Wirksamkeit dieses Weges ist). So haben die Gleichbehandlungsrichtlinien der siebziger Jahre (allerdings aufgrund einer anderen Ermächtigungsnorm) gerade das deutsche Arbeitsrecht im Hinblick auf die Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Arbeitsleben nicht nur beeinflusst, sondern gestaltet. Aber auch die Teilzeitarbeit (Richtlinie 97/81/EG), befristete Arbeitsverträge (Richtlinie 1999/70/EG), der Schutz bei Massenentlassungen (Richtlinien 75/129/EWG und 98/59/EG) oder die

Einrichtung eines Europäischen Betriebsrats (Richtlinie 94/45/EG) sind europarechtlich mitgeprägt.

Allerdings zeigt der letzte Entwurf der Kommission zu Beschäftigungspolitischen Leitlinien, dass auch die Kommission in bestimmten Ausgestaltungen des deutschen Arbeitsrechts beschäftigungshemmende Wirkungen vermutet<sup>186</sup>.

Das Arbeitsrecht ist also kein aliud zum Recht auf Arbeit, sondern ganz im Gegenteil ein Mittel zur Verwirklichung und Sicherung des Rechts auf Arbeit, wenn auch nicht alle arbeitsrechtlichen Normen für dieses Ziel die gleiche Bedeutung haben. Außerdem können einzelne arbeitsrechtliche Normen auch beschäftigungshemmende Effekte haben, was allerdings jeweils empirisch nachzuweisen wäre. In der augenblicklichen Deregulierungsdebatte werden derartige Wirkungen in der Regel ohne ausreichende Belege nur vermutet.

### 3.2.3 Schutz bei Arbeitslosigkeit

Die erste internationale Formulierung eines Rechts auf Schutz gegen Arbeitslosigkeit findet sich in Art. 23 Nr. 1 der AEMR: „Jeder Mensch hat das Recht ... auf Schutz gegen Arbeitslosigkeit“. In den nachfolgenden, bindenden internationalen Menschenrechtsinstrumenten wird dieses Recht dann nicht mehr explizit genannt.

Wenn aber die Förderung der Beschäftigung das Recht auf Arbeit umsetzt, ist der Schutz vor den Folgen der Arbeitslosigkeit die andere Seite derselben Medaille. Im SGB III ist entsprechend nicht nur die Arbeitsförderung geregelt, sondern auch die Arbeitslosenversicherung. Der in der Bundesrepublik etablierte Schutz bei Arbeitslosigkeit in §§ 116 ff. SGB III war bis vor kurzem im internationalen Vergleich umfangreich. Es wurde bis zu drei Jahren bedürftigkeitsunabhängig Arbeitslosengeld und anschließend bedürftigkeitsabhängig Arbeitslosenhilfe gezahlt. Hier kann sich aber in Zukunft das Problem von Verstößen gegen das Recht auf Arbeit stellen, denn die auf den Vorschlägen der Hartz-Kommission basierenden Gesetzesänderungen führen im Bereich der Leistungen bei Arbeitslosigkeit zu deutlichen Kürzungen beim Arbeitslosengeld, indem sie die Bezugsdauer, vor allem für ältere Arbeitslose – generell auf 12 Monate, bei über 55-Jährigen auf 18 Monate –, beschränken. Darüber hinaus

<sup>183</sup> Für Veränderungen unter anderem Buchner, Herbert, Notwendigkeit und Möglichkeit einer Deregulierung des Kündigungsschutzrechts, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2002, 533; Bauer, Jobst-Hubertus, Ein Vorschlag für ein modernes Kündigungsschutzrecht, NZA 2002, 529; Willemsen, Heinz Josef, Kündigungsschutz – vom Ritual zur Rationalität, Neue juristische Wochenschrift (NJW) 2000, 2779 ff.; Rüthers, Bernd, Vom Sinn und Unsinn des geltenden Kündigungsschutzrechts, Neue juristische Wochenschrift (NJW) 2002, 1601.

Zum Vergleich des deutschen Kündigungsschutzrechts mit anderen europäischen Rechtsordnungen vgl. Rebhahn, Robert, Recht der Arbeit (RdA) 2002, 272.

<sup>184</sup> Löwisch, Manfred, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2003, 689, 692.

<sup>185</sup> Bielenski/Hartmann/Pfarr/Seifert, Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen: Wahrnehmung und Wirklichkeit, Arbeit und Recht (AuR) 2003, S. 81 ff.

<sup>186</sup> Dazu oben 3.2.1.c.

wird die Zusammenlegung von Arbeitslosenhilfe und Sozialhilfe, die als Herzstück der Reform gilt, die Absenkung des bisherigen Arbeitslosenhilfeniveaus von 50% des Nettoeinkommens auf Sozialhilfeniveau zur Folge haben<sup>187</sup>.

Hier haben sich also die Stimmen, nicht zuletzt aus Brüssel<sup>188</sup>, schon durchgesetzt, die eine zu ausgefeilte Absicherung für problematisch halten, da sie der Erwerbsneigung der Betroffenen abträglich sei.

Schon umgesetzt ist im „Ersten Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt“ die erhöhte Anrechnung von eigenem Vermögen auf die Arbeitslosenhilfe (Freibetrag 10.800 Euro), sodass Tausende von Arbeitslosen auch ihre Altersversorgungen, zum Beispiel in Gestalt von Lebensversicherungen, angreifen müssen. Es wird damit gerechnet, dass im Jahr 2004 aus diesem Grund von zurzeit 1,7 Millionen Empfängern von Arbeitslosenhilfe 460.000 nicht mehr leistungsberechtigt sein werden<sup>189</sup>.

Dieser erhöhte Druck auf die Arbeitslosen hätte aber unter dem Gesichtspunkt der Umsetzung des Rechts auf Arbeit nur Sinn, wenn ausreichend Arbeitsplätze zur Verfügung stünden. Arbeitsplätze werden aber durch die niedrigere Arbeitslosenhilfe nicht geschaffen, denn sie macht Arbeit nicht billiger. So bleibt der Hauptzweck der Einschränkung des Arbeitslosenschutzes die Entlastung der Staatsfinanzen.

### 3.2.4 Verfassungsrecht

Die verfassungsrechtlichen Verbürgungen des Rechts auf Arbeit in den Verfassungen der Bundesländer sind nicht als Umsetzung der völkerrechtlichen Verpflichtungen anzusehen, da es sich um eigenständige Regelungen handelt.

Das ergibt sich schon daraus, dass die Verfassungen der alten Bundesländer zeitlich vor den wesentlichen internationalen Verpflichtungen zu einem „Recht auf Arbeit“ in Kraft getreten sind. Für die neuen Bundesländer gilt dieses Argument der Chronologie zwar nicht, aber die in diesen Landesverfassungen enthaltenen Artikel zum „Recht auf Arbeit“ dienen nur dazu, mit den „alten“ Landesverfassungen gleichzuziehen. Sie sind

im Übrigen, ebenso wie die entsprechenden Bestimmungen in den Verfassungen der alten Bundesländer, unstrittig nur Programmsätze und nehmen auch inhaltlich nicht auf die internationalen Instrumente Bezug.

### 3.3 Bewertung der deutschen Umsetzungsstrategien durch die internationalen Überwachungsorgane

Die unter Teil B aufgezeigten Verpflichtungen werden durch Berichtssysteme überwacht. Anhand der Berichte der letzten Jahre wird aufgezeigt, welche der unter Teil B angesprochenen Themen Gegenstand menschenrechtlicher Erörterungen waren und wie die verschiedenen Überwachungsorgane mit der deutschen Umsetzung des Rechtes auf Arbeit umgehen.

#### 3.3.1 Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte

##### a) General Comments

In der „Rechtsprechung“ des Sozialausschusses spielen seit einigen Jahren auch *General Comments* eine Rolle, in denen der Ausschuss – unabhängig von bestimmten Staatenberichten – allgemein zu Paktverpflichtungen Stellung nimmt und damit die Auslegung dieser Paktbestimmungen vorprägt. Diese *General Comments* werden als Interpretationshilfe bei der Beurteilung der Staatenberichte herangezogen. Anders als zum Recht auf Wohnung (Nr. 4 von 1991 und Nr. 7 von 1997), zum Recht auf Bildung (Nr. 13 von 1999) oder zum Recht auf Gesundheit (Nr. 14 von 2000), hat der Sozialausschuss zum Recht auf Arbeit noch keine Auslegungshilfe in Gestalt von *General Comments* ausgearbeitet. Allerdings sind im *General Comments* Nr. 5 zu behinderten Menschen von 1994 Bezüge zum Recht auf Arbeit enthalten<sup>190</sup>.

Art. 6–8 der *General Comments* Nr. 5 – „rights relating to work“ – weisen darauf hin, dass behinderte Menschen besonders häufig im Berufsleben diskriminiert werden, oft niedrig qualifizierte und schlecht bezahlte Stellen innehaben und zwei- bis dreimal häufiger arbeitslos werden als gesunde Menschen. Die Ausführungen des Ausschusses zu den arbeitsbezogenen Rechten der Behinderten werden nur präzise, wo darauf hingewiesen wird, dass das in Art. 6 I IPWSKR gewährleistete „Recht jedes einzelnen auf die Möglichkeit, seinen Lebensunterhalt durch frei gewählte oder angenommene Arbeit zu verdienen“, verletzt ist, wenn Behinderte ausschließlich in speziellen Behindertenwerkstätten arbeiten können. Im Übrigen beschäftigt sich der Ausschuss mit den indirekten Hemmnissen für die Berufstätigkeit, wie die Schwierigkeiten für Behinderte, einen Arbeitsplatz überhaupt zu erreichen, wenn die öffentlichen Verkehrsmittel nicht behindertengerecht ausgestattet sind. Schließlich wird für weitere Einzelheiten auf das ILO-Übereinkommen Nr. 159 aus dem Jahr 1983 über die berufliche Rehabilitation und die Beschäftigung der Behinderten verwiesen und den Vertragsstaaten empfohlen, dieses Übereinkommen zu ratifizieren, was Deutschland am 14.11.1989 getan hat.

Abgesehen davon, dass seit 1994 Art. 3 III GG ausdrücklich ein Diskriminierungsverbot für Schwerbehinderte enthält, ist in der Bundesrepublik Deutschland der arbeitsrechtliche Schwerbehindertenschutz seit 2001 im Sozialgesetzbuch IX (SGB IX) zusammen mit dem Rehabilitationsrecht geregelt. Zuvor war für die arbeitsrechtlichen Aspekte das Schwerbehindertengesetz die Rechtsgrundlage, das mit dem „Gesetz zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit Schwerbehinderter“ vom 29.9.2000 grundlegend umgestaltet wurde<sup>191</sup>. Dieser Stand ist dann nahezu unverändert ins SGB IX übernommen worden.

Danach steht die Verbesserung der Arbeitsmarktsituation schwerbehinderter Menschen im Mittelpunkt, die durch eine Kombination von Beschäftigungspflicht und Schwerbehindertenabgabe erreicht werden soll. § 71 verpflichtet Betriebe mit mindestens 20 Beschäftigten zur Beschäftigung von mindestens 5% Schwerbehinderten. Alternativ kann das Unternehmen eine Abgabe von bis zu 180 Euro je unbesetztem Pflichtplatz leisten. Aus den Mitteln dieser Abgabe wird die Beschäftigung besonders schwer vermittelbarer schwerbehinderter Menschen gefördert<sup>192</sup>. Insofern dient zwar indirekt auch die Abgabe der Verbesserung der Arbeitsmarktsituation schwerbehinderter Menschen. Es wird allerdings angenommen, dass ihre Existenz in der Regel

nicht zu mehr Beschäftigung führt, da häufig aus Arbeitgebersicht die Kosten und Risiken der Beschäftigung Schwerbehinderter – unter anderem besonderes Kündigungsrecht und höherer Urlaubsanspruch – die Kosten der Abgabe weit übersteigen.

##### b) Concluding Observations

Neben den General Comments ist man auf die Concluding Observations, die Schlussfolgerungen des Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte zu den Staatenberichten angewiesen. Im folgenden werden die Staatenberichte und Schlussfolgerungen des Ausschusses aus den letzten beiden Berichtsperioden zugrunde gelegt.

Der bislang letzte Staatenbericht der Bundesrepublik Deutschland nach Art. 16 und 17 des IPWSKR ist der vierte, der am 11.1.2000 abgegeben wurde und sich auf den Berichtszeitraum von Ende 1994 bis Ende 1998 bezieht<sup>193</sup>. Der dritte Staatenbericht war 1996 vorgelegt worden und auf Nachfrage des Sozialausschusses im September 1998 um die Antworten der Bundesregierung auf 38 vom Ausschuss formulierte Fragen ergänzt worden<sup>194</sup>. Der dritte Bericht wurde dann im Herbst 1998 vom Ausschuss behandelt<sup>195</sup>. Wegen der zeitlichen Nähe zwischen der Erörterung des dritten Berichts im Ausschuss und der Abgabe des vierten Berichtes ist dieser letzte Bericht relativ kurz ausgefallen. Der nächste, also der 5. Bericht wird erst im Jahre 2006 fällig sein<sup>196</sup>.

In seinem Prüfbericht über den 4. deutschen Staatenbericht<sup>197</sup> geht der WSK-Ausschuss zunächst auf die positiven Aspekte ein. Hier hebt er zwar die Gründung des Deutschen Instituts für Menschenrechte im Jahr 2001 besonders hervor (Nr. 8), kritisiert dann aber, dass die Funktionen des Instituts zu begrenzt seien (Nr. 12) und sieht darin ein Symptom für die in Deutschland zu geringe Beachtung der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte. Im vorherigen Prüfbericht, der den 3. Staatenbericht<sup>198</sup> zum Gegenstand hatte, klang das noch anders: „... leads the Committee to believe that the new government intends to give the implementation of economic, social and cultural rights an added impetus“<sup>199</sup>.

<sup>187</sup> Düwell, Franz Josef / Weyand, Joachim, Hartz und die Folgen: Das neue Arbeits- und Sozialrecht, 2003.

<sup>188</sup> S.o. 3.2.1.c).

<sup>189</sup> Die Zeit, 5.6.2003, Nr. 24, S. 24.

<sup>190</sup> Die General Comments finden sich im Volltext unter „www.unhchr.ch“, Suchfunktion „Treaty Bodies Database“, Suchbegriff „General Comments“. Das Deutsche Institut für Menschenrechte bereitet die Herausgabe der General Comments in Deutscher Sprache vor.

<sup>191</sup> BGBl. I 1394.

<sup>192</sup> Einzelheiten in der Schwerbehinderten-AusgleichsabgabeVO (BGBl. I 2376).

<sup>193</sup> UN Dok. E/C12/4/Add.3.

<sup>194</sup> UN Dok. E/C.12/Q/GER.1.

<sup>195</sup> Bemerkungen und Schlussfolgerungen des Ausschusses in UN Doc. E/C.12/1/Add.29.

<sup>196</sup> UN Doc. E/C.12/1/Add.68, (Nr. 49).

<sup>197</sup> UN Doc. E/C.12/1/Add.68.

<sup>198</sup> UN Doc. E/1994/104/Add.14.

<sup>199</sup> UN Doc. E/C.12/1/Add.29, Nr. 6.

Wegen der pessimistischeren Einschätzung im 4. Prüfbericht fordert der Ausschuss eine Ausweitung der Befugnisse des Deutschen Instituts für Menschenrechte oder die zusätzliche Schaffung einer „*separaten nationalen Menschenrechtsinstitution mit breit angelegten Funktionen und Befugnissen*“ (Nr. 30).

Neben dieser allgemeinen Kritik beziehen sich die „Hauptsächlichen Besorgnisse“ des Ausschusses im Zusammenhang mit dem Recht auf Arbeit auf folgende Aspekte:

- die nach wie vor bestehenden großen wirtschaftlichen Unterschiede zwischen alten und neuen Bundesländern, insbesondere die höhere Arbeitslosigkeit und die geringere Vergütung der Staatsbediensteten in den neuen Bundesländern (Nr. 17);
- die hohe Arbeitslosigkeit unter Jugendlichen, vor allem in den neuen Bundesländern (Nr. 18);
- die weiterhin bestehenden Hindernisse für Frauen hinsichtlich beruflicher Aufstiegsmöglichkeiten (Nr. 19);
- das Problem der Schwarzarbeit (Nr. 20);
- die Pflicht von Gefangenen, ohne ihre Zustimmung für Privatunternehmen zu arbeiten (Nr. 21), ein Problem, das auch vom Europäischen Ausschuss für soziale Rechte im Rahmen der Prüfung der ESC-Staatenberichte aufgegriffen wurde<sup>200</sup>;
- die Knappheit an Kindertagesstätten, die eine Behinderung der gleichberechtigten Teilhabe von Frauen am Arbeitsmarkt darstellt.

Abgesehen von der Forderung, das Angebot an Kindertagesstätten insbesondere in den alten Bundesländern zu erhöhen (Nr. 44), bleiben die „Vorschläge und Empfehlungen“ des WSK-Ausschusses sehr unspezifisch. Zu allen oben aufgeführten Kritikpunkten werden „Maßnahmen“ zur Abhilfe vorgeschlagen, ohne konkreter zu werden. Dieser Umstand bestätigt das Dilemma, dass es gerade bei den Arbeitsförderungsprojekten kaum ein „richtig“ oder „falsch“ gibt, der Handlungsspielraum sehr weit ist und daher meistens nur weitere „Maßnahmen“ gefordert werden können.

Auch im Prüfbericht des Ausschusses vom 4.12.1998<sup>201</sup> zum dritten Staatenbericht vom 17.10.1996<sup>202</sup>, der der erste deutsche Bericht nach der Wiedervereinigung war, ist das ähnlich, wenn der Prüfbericht auch einen optimistischeren Grundtenor hat, weil viele Projekte der deutschen Regierung erst angekündigt und noch keinem Realitätstest unterzogen worden waren (Nr. 8). Außerdem war zu dieser Zeit – auch für den Ausschuss fast selbstverständlich – die Integration von West- und Ostdeutschland noch nicht vollendet, was Auswirkungen auch auf die Realisierung der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte in beiden Landesteilen hat (Nr. 12).

Dennoch hatte der Ausschuss etliche Kritikpunkte im Zusammenhang mit dem Recht auf Arbeit anzubringen. So bemängelte er die besonders hohe Arbeitslosigkeit in den neuen Bundesländern sowie unter Frauen und Migrantinnen und Migranten (Nr. 14) und verlangte zunächst einmal präzisere Statistiken zur Arbeitslosigkeit in den neuen Bundesländern (Nr. 26). Außerdem werden Bildungs- und Weiterbildungsprogramme zur Schaffung von Arbeit besonders für Jugendliche gefordert (Nr. 29).

In einer für die Diplomaten Sprache der Kontrollberichte ungewöhnlich scharfen Form kritisierte der Ausschuss die „Abwicklung“ von Forschungseinrichtungen in den neuen Ländern: *“The Committee notes with alarm that only 12% of public servants within the science and technology sector of the former GDR, including teachers, scientists and professionals, have been re-employed and the rest remain without employment...”* (Nr. 16). Er leitete daraus die Empfehlung ab, dass die Betroffenen eine Kompensation erhalten sollten (Nr. 36).

Der Bericht des WSK-Ausschusses vom 4.12.1998 umfasst auch die Antwort der Bundesregierung auf die vom Ausschuss zum 3. Staatenbericht gestellten Fragen<sup>203</sup>. Im Hinblick auf das Recht auf Arbeit hatte der Ausschuss unter anderem wissen wollen, *“whether measures have been taken in order to remedy the growing problem of unemployment”*. Auf diese sehr allgemeine Frage hin stellt die Bundesregierung die Beschäftigungsprogramme der betreffenden Periode dar, darunter die Reform des Arbeitsförderungsrechts

weg vom AFG hin zum SGB III. Dass diese mit Leistungseinschränkungen verbunden war, geht allerdings aus der Darstellung nicht hervor<sup>204</sup>.

Auch die Antwort auf die Frage des Ausschusses nach Maßnahmen zum besseren Schutz der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte von ausländischen Beschäftigte fällt eher allgemein aus. So wird ausgeführt, dass ausländische Beschäftigte auf dieselben Schutzmechanismen zurückgreifen könnten wie deutsche und sie auch in der Arbeitsförderung nicht schlechter behandelt würden. Im Übrigen wird auf die Beauftragte der Bundesregierung für Ausländerfragen verwiesen<sup>205</sup>. Der Umstand, dass der Zugang zum Arbeitsmarkt für diese Menschen beschränkt ist, wird in der Antwort nicht angesprochen.

Nicht ganz deutlich wird die Zielrichtung des Ausschusses bei seiner Kritik an Kinderarbeit in Deutschland. In seinen Schlussfolgerungen zum 3. Staatenbericht hat der WSK-Ausschuss Deutschland aufgefordert, *“to take effective measures to regulate child labour”*<sup>206</sup>. Nach dem Ausmaß von Kinderarbeit hatte der Ausschuss auch schon im Rahmen der Ergänzungsfragen zum 3. Staatenbericht gefragt und war offensichtlich mit der Antwort der Bundesregierung nicht zufrieden, er stellte aber nicht dar, um welchen Aspekt es ihm geht. Die Bundesregierung hatte dargelegt, dass nach dem Jugendarbeitsschutzgesetz, in das das ILO-Übereinkommen Nr. 138 vom 26.6.1973 über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung sowie die EG-Richtlinie 94/33/EG über den Jugendarbeitsschutz eingeflossen sind, Kinderarbeit nur ausnahmsweise und dann auch sehr eingeschränkt zulässig ist. In einer Rechtsverordnung vom 1.7.1998 ist festgelegt, welche *“leichten und für Kinder geeigneten”* Tätigkeiten für Kinder zwischen 13 und 16 Jahren erlaubt sind. Die Einbeziehung von Kindern in industrielle oder gewerbliche Arbeitsabläufe ist grundsätzlich verboten.

### 3.3.2 Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau

Die Staatenberichte zu verschiedenen internationalen Abkommen, für die dieselben Ministerien zuständig sind, werden oft von denselben Personen verfasst, weshalb sich zum Beispiel die Berichte über die Arbeitsmarktpolitik an den WSK-Ausschuss und den Expertenausschuss der ILO sehr ähnlich sind; auch der Bericht zur Europäischen Sozialcharta enthält keine grundsätzlich anderen Informationen. Alle drei werden unter der Federführung des Bundesministeriums für Arbeit und Wirtschaft erstellt.

Aus dem Rahmen fallen auf den ersten Blick die Berichte zur Frauenrechtskonvention, die mit bis zu 300 Seiten erheblich ausführlicher sind als die Staatenberichte zu den übrigen Konventionen. In der Darstellung der Arbeitsmarktpolitik konzentrieren sich die Berichte entsprechend dem Anwendungsbereich der Konvention auf Maßnahmen für Frauen und sind insoweit detaillierter. Allerdings werden auch die Staatenberichte über die Umsetzung des Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom internationalen Kontrollorgan dafür kritisiert, dass sie zu deskriptiv und zu wenig analytisch seien, also kaum Aussagen zur Wirkung von Maßnahmen machen<sup>207</sup>. Daher versucht der 5. deutsche Staatenbericht vom August 2002 dieser Kritik mit mehr Evaluierung Rechnung zu tragen.

Der 5. Bericht wurde vom Ausschuss für die Beseitigung der Diskriminierung der Frau noch nicht behandelt. Die letzte Stellungnahme des Ausschusses datiert vom 1.2.2000<sup>208</sup> und kommentiert den zweiten, dritten und vierten deutschen Staatenbericht<sup>209</sup>.

Insgesamt ist nach Einschätzung des Ausschusses für die Beseitigung der Diskriminierung der Frau die Umsetzung des Übereinkommens durch *„keine erheblichen Einflussfaktoren oder Schwierigkeiten beeinflusst“*<sup>210</sup>. Dennoch fällt das Lob des Ausschusses nur sehr generell aus: begrüßt werden die *„Anstrengungen zur Herstellung der Gleichstellung und Chancengleichheit von*

<sup>204</sup> UN Dok. E/1994/104/Add.14, Nr. 17.

<sup>205</sup> ebd. Nr. 18.

<sup>206</sup> UN Dok. E/C.12/1/Add.29, Nr. 33.

<sup>207</sup> CEDAW/C/SR.464 und 465, Nr. 19.

<sup>208</sup> CEDAW/C/SR.464 und 465, Nr. 19.

<sup>209</sup> CEDAW/C/DEU/2-2 und 4.

<sup>210</sup> CEDAW/C/SR.464 und 465, Nr. 18 (Bei dieser und den nachfolgenden Übersetzungen handelt es sich um die vom Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend zur Verfügung gestellte Version).

<sup>200</sup> Vgl. unten 3.3.4.

<sup>201</sup> UN Doc. E/C.12/1/Add.29.

<sup>202</sup> UN Doc. E/1994/104/Add.14

<sup>203</sup> UN Dok. E/C.12/Q/GER.1.



Frauen“<sup>211</sup> sowie das Regierungsprogramm „Frau und Beruf“<sup>212</sup>. Am konkretesten ist die positive Resonanz für die Ergänzung von Art. 3 GG im Jahre 1994<sup>213</sup>, der seitdem in Abs. 2, Satz 2 auch die Verpflichtung enthält, die tatsächliche Gleichberechtigung von Frauen und Männern zu fördern und bestehende Nachteile zu beseitigen<sup>214</sup>.

Der Hauptkritikpunkt betrifft, trotz umfangreicher Informationen im Staatenbericht zu Gesetzen, Politik und Sondermaßnahmen, die fehlende Analyse und Bewertung dieser Initiativen<sup>215</sup>. Auch der Zeitrahmen, in dem die anvisierten Ziele zu erreichen sind, müssten nach Ansicht des Ausschusses angegeben werden<sup>216</sup>. Besonders besorgt zeigt sich der Ausschuss über die Situation in neuen Bundesländern, wo Frauen früher in der Regel vollbeschäftigt waren, unter denen jetzt aber die Arbeitslosenrate über 20% beträgt<sup>217</sup>. Auch die Situation von ausländischen Frauen auf dem deutschen Arbeitsmarkt hält der Ausschuss nicht für ausreichend abgesichert<sup>218</sup>.

Schließlich widmet sich der Ausschuss dem Problemkomplex der indirekten oder mittelbaren Diskriminierung, für die er in Deutschland noch zahlreiche Anhaltspunkte sieht<sup>219</sup>, weshalb er die Aufnahme eines Verbots indirekter Diskriminierung ins Arbeitsrecht fordert<sup>220</sup>. Dabei geht der Ausschuss allerdings nicht darauf ein, dass das Verbot indirekter Diskriminierung wegen des Geschlechts über das europäische Recht auch im deutschen Recht gilt und zum Teil auch über Art. 3 GG gewährleistet ist. Indirekte Diskriminierung liegt dann vor, wenn formal beide Geschlechter gleich behandelt werden, aber die Wirkung von für Frauen und Männern gleichen Regelungen unterschiedlich ist, in der Regel zulasten von Frauen. Das Problem ist deshalb auch weniger das Fehlen einer Rechtsgrundlage als vielmehr die Feststellung und der Nachweis dieser Diskriminierung im Einzelfall.

Nach der Gleichbehandlungsänderungsrichtlinie 2002/73/EG, die die Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207/EWG aktualisiert, liegt mittelbare Diskriminierung gemäß Art. 2 II dann vor, „wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen, die einem Geschlecht angehören, in besonderer Weise gegenüber Personen des anderen Geschlechts benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich“.

Die Richtlinie und damit auch diese Bestimmung ist bis zum 5.10.2005 umzusetzen. Zwar hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) in etlichen Entscheidungen schon im Sinne dieser Definition judiziert<sup>221</sup>. Daraus kann aber nicht geschlossen werden, dass insoweit für Deutschland kein Umsetzungsbedarf mehr bestünde<sup>222</sup>.

Das Problem der mittelbaren Diskriminierung stellt sich besonders im privaten Sektor, weshalb der Ausschuss hier auch Initiativen der Regierung fordert. Sie bleiben aber mit der Forderung nach „Anreizen und anderen nichtgesetzlichen Maßnahmen“ sehr vage<sup>223</sup>. Etwas versteckt in der Einleitung zum Prüfbericht erwähnt der Ausschuss dann auch die Notwendigkeit gesetzlicher Regelungen zur Gleichstellung im privaten Sektor<sup>224</sup>. Eine entsprechende Initiative für ein „Gleichstellungsgesetz für die Privatwirtschaft“ gab es<sup>225</sup>; sie ist aber vom Gesetzgeber nicht aufgegriffen worden.

Sehr konkret wird der Ausschuss wieder bei den erforderlichen Maßnahmen für die Vereinbarkeit von Familie und Beruf, die er in Deutschland noch längst nicht gewährleistet sieht<sup>226</sup>. Er fordert deshalb nicht nur allgemein mehr Programme und Maßnahmen, sondern auch einen nicht übertragbaren Erziehungsurlaub für Väter, mehr Betreuungsplätze für Schulkinder und die

Abschaffung des Ehegattensplitting im Steuerrecht, das stereotype Rollenmuster stütze<sup>227</sup>.

Der 5., außerordentlich faktenreiche deutsche Staatenbericht greift den Wunsch des Ausschusses nach besserer Evaluierung zwar auf<sup>228</sup>, bleibt aber in vielen Punkten dennoch vage. So begegnet er der Sorge des Ausschusses über die Situation der Frauen in den neuen Bundesländern nur mit dem Hinweis auf „zahlreiche Maßnahmen der aktiven Arbeitsmarktpolitik“, zum Beispiel das Job-AQTIIV-Gesetz, und verweist im Übrigen auf das schwierige wirtschaftliche Erbe in den neuen Bundesländern<sup>229</sup>. Interessanterweise wird zugegeben, dass gerade das staatliche Netz von Kinderkrippen und Betreuungseinrichtungen die Vereinbarkeit von Familie und Erwerbstätigkeit erst ermöglicht hatte. Das heutige Fehlen von Betreuungseinrichtungen in Deutschland, vor allem in den alten Bundesländern, hatte der Ausschuss als Berufshindernis für Frauen kritisiert. Dieser Einschätzung folgt der Staatenbericht und erläutert die bisherigen Maßnahmen, wie den Rechtsanspruch auf einen Kindergartenplatz, der seit 1996 besteht oder die Bemühungen um die Schaffung von Ganztagschulen, nicht ohne auf die Defizite einzugehen<sup>230</sup>.

Die Erläuterungen zur Arbeitsmarktpolitik für Frauen beschreiben einige Projekte, ohne dass klar wird, wie diese wirken<sup>231</sup>. Auch die Vermutung des Ausschusses, dass die hohe Teilzeitquote von Frauen auf fortbestehende indirekte Diskriminierung hindeute, wird vom Staatenbericht – ungewollt – eher bestätigt denn widerlegt. Dort wird dargelegt, dass der Zuwachs an teilzeitbeschäftigten Frauen zwischen 1997 und 2000 4% betragen hatte, während es bei den Männern 46% waren<sup>232</sup>. Diese Zuwachsrate kommt nur angesichts der sehr niedrigen Ausgangsbasis bei den teilzeitbeschäftigten Männern zustande, denn nach wie vor stellten die Frauen im Jahr 2000 86% aller Teilzeitbeschäftigten. An anderer Stelle des Staatenberichts wird denn auch ausgeführt, dass „durch eine konsequente Fortentwicklung der Teilzeitmöglichkeiten den besonderen Bedürfnissen von Frauen Rechnung getragen“ wird<sup>233</sup>. Die Sorge des Ausschusses, dass durch

die Förderung bestimmter Beschäftigungsformen Rollenzuschreibungen verfestigt werden, ist also begründet.

### 3.3.3 Internationale Arbeitsorganisation

Die Stellungnahmen des Expertenausschusses zur Umsetzung der einzelnen Übereinkommen (Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, CEACR) sind jeweils in den jährlichen Berichten des Expertenausschusses enthalten. Zur Umsetzung von Übereinkommen Nr. 122 in Deutschland hat sich der Ausschuss regelmäßig, wenn auch nicht in jeder Sitzungsperiode, geäußert.

Aus seinen Observations der letzten 10 Jahre ist die wachsende Sorge über die stetig ansteigende Arbeitslosigkeit, insbesondere in den neuen Bundesländern, ablesbar. Betont der Expertenausschuss noch 1993 in der 63. Sitzung mit Blick auf die schwierige wirtschaftliche Lage in den neuen Bundesländern, dass „the Committee has not lost sight of the unique nature of this case“<sup>234</sup>, so drängt er doch auch schon zu dieser Zeit auf bessere Informationen über die Beschäftigungslage in den neuen Bundesländern<sup>235</sup> und macht deutlich, dass die Arbeitslosigkeit nicht nur mit den Mitteln der Arbeitsmarktpolitik, sondern auch durch die Steuergesetzgebung sowie die Geld- und sonstige Finanzpolitik stark beeinflusst wird. Zu Beginn der neunziger Jahre greift er im Wesentlichen aber noch die optimistische Position der Bundesregierung auf, die die Arbeitsmarktprobleme auf den Zusammenbruch der osteuropäischen Märkte, die Währungsumstellung und die schwierige Lage der Weltwirtschaft zurückführt<sup>236</sup> und die versichert, eine umfassende Restrukturierung der Wirtschaft in Angriff zu nehmen<sup>237</sup>. Die wurde dann aufgeschoben, nicht zuletzt, da durch den Konsumboom nach der Wiedervereinigung zu Beginn der neunziger Jahre die westlichen Bundesländer einen kurzfristigen Rückgang der Arbeitslosigkeit verzeichnen konnten.

Ab der Mitte der neunziger Jahre wird der Expertenausschuss kritischer, fragt vor allem von Mal zu Mal

<sup>211</sup> ebd., Nr. 11.

<sup>212</sup> ebd., Nr. 13.

<sup>213</sup> BGBl. I 3146.

<sup>214</sup> CEDAW/C/SR. 464 und 465, Nr. 12.

<sup>215</sup> ebd., Nr. 19.

<sup>216</sup> ebd., Nr. 20.

<sup>217</sup> ebd., Nr. 21.

<sup>218</sup> ebd., Nrn. 31 und 32.

<sup>219</sup> ebd., Nr. 25.

<sup>220</sup> ebd., Nr. 26.

<sup>221</sup> So BAG, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 1987, 455; BAG, NZA 1999, 371; BAG, NZA 2001, 619; BAG, NZA 2002, 557.

<sup>222</sup> So aber Hadele, Indra, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2003, 77, 78.

<sup>223</sup> CEDAW/C/SR. 464 und 465, Nr. 30.

<sup>224</sup> ebd., Nr. 5.

<sup>225</sup> „Ein Gesetz zur Gleichstellung der Geschlechter in der Privatwirtschaft“, Edition der Hans-Böckler-Stiftung 57, 2001.

<sup>226</sup> CEDAW/C/SR.464 und 465, Nr. 27.

<sup>227</sup> ebd., Nr. 28.

<sup>228</sup> CEDAW/C/DEU/5, S. 3.

<sup>229</sup> ebd., S. 4.

<sup>230</sup> ebd., S. 112 ff.

<sup>231</sup> ebd., S. 116 f.

<sup>232</sup> ebd., S. 7.

<sup>233</sup> ebd., S. 108.

<sup>234</sup> CEACR 1993/63rd Session, Observation, Nr. 4 (unter [www.webfusion.ilo.org](http://www.webfusion.ilo.org)).

<sup>235</sup> ebd., Nr. 3.

<sup>236</sup> CEACR 1995/65th Session, observations, Nr. 3.

<sup>237</sup> ebd.

nach mehr und aussagekräftigerer Information zu der Wirkung der in den Staatenberichten ausführlich geschilderten Maßnahmen, die den Arbeitsmarkt beleben sollen. So wünscht er in der 72. Sitzung *"to supply information on the outcome of the employment promotion policies and programmes, and ways of measuring their achievement"*<sup>238</sup>. Diese Nachfrage bezieht sich auf den Umstand, dass der Erfolg der Eingliederung von Arbeitslosen in den ersten Arbeitsmarkt nur daran gemessen wird, wie viele Teilnehmende sechs Monate nach Beendigung einer Arbeitsförderungsmaßnahme nicht mehr arbeitslos gemeldet sind. Dieser Maßstab ist nicht nur dem Expertenausschuss viel zu ungenau, sondern wird auch vom Europäischen Ausschuss für Soziale Rechte im Rahmen des ESC-Prüfungsverfahrens kritisiert<sup>239</sup>. Auch in seinem jüngsten Bericht hat der Expertenausschuss wieder die mangelnde Evaluierung der Arbeitsförderungsmaßnahmen beklagt<sup>240</sup>.

Begrüßt wird vom Expertenausschuss dagegen das Bündnis für Arbeit (das mittlerweile gescheitert ist); er wünscht aber auch hier *"to receive information on the results achieved by the alliance"*<sup>241</sup>. Die Informationswünsche tauchen in fast jedem Bericht auf, auch im Hinblick auf die Zusammenarbeit der Sozialpartner, die in Art. 3 des Übereinkommens Nr. 122 vorgeschrieben ist: *"It requests to continue providing detailed information on the manner in which overall and sectoral economic policy measures to promote employment are decided on and kept under review in consultation with the representatives of employers and workers"*<sup>242</sup>.

Auch zu arbeitsrechtlichen Einzelthemen äußert sich der Expertenausschuss. In der 65. Sitzung geht er auf Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge ein<sup>243</sup>. Hierzu hat der deutsche Gesetzgeber im Jahre 2000 ein eigenes Gesetz verabschiedet, das Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG), das jedem/r Arbeitnehmer/in einen Anspruch auf Teilzeitarbeit einräumt (§ 8) und die Befristungsmöglichkeiten festschreibt. Letztere waren bis dahin im mehrfach verlängerten Beschäftigungsförderungsgesetz 1985 geregelt, auf das sich die Ausführungen des Expertenausschusses beziehen.

Nach dem TzBfG darf nun zum einen mit sachlichem Grund befristet werden (§ 14 I), zum anderen ohne Begründung bis zu zwei Jahren (§ 14 II). Diese Regelungen kamen aber nicht aufgrund der Kontrollarbeit der Organe der hier behandelten Konventionen und Übereinkommen zustande, sondern wegen der Verpflichtung der Bundesrepublik Deutschland, die EG-Richtlinien über Teilzeitarbeit (97/81/EG) und befristete Arbeitsverträge (99/70/EG) umzusetzen.

Zu den arbeitsrechtlichen Themen, denen sich der Expertenausschuss widmet, gehört auch die in der 69. Sitzung behandelte Lockerung des Kündigungsschutzes, die von 1996 bis 1998 in Gestalt der Heraufsetzung des Schwellenwertes für die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes von 5 auf 10 Beschäftigte galt. Diese Maßnahme wird eher positiv als strukturelle Reform gewertet, die Kündigungen flexibler macht<sup>244</sup>. Auch die Verschärfung der Bezugsvoraussetzungen für die Arbeitslosenunterstützung wird als solche nicht kritisiert und die Änderung des Schwerpunkts der Arbeitsförderung im SGB III von 1997 – weg von der Förderung des zweiten Arbeitsmarktes, hin zu der Eingliederung in den ersten Arbeitsmarkt, insbesondere durch den neu geschaffenen Eingliederungsvertrag – wird mit Interesse zur Kenntnis genommen. Allerdings fragt auch hier der Expertenausschuss nachdrücklich nach einer Evaluierung der Maßnahmen im Hinblick auf die Verbesserung der Beschäftigungssituation<sup>245</sup>, denn schon in der 65. Sitzungsperiode (1995) hatte der Expertenausschuss darauf hingewiesen, dass *"it is the responsibility of States parties to the Convention to ensure that the employment promotion measures that they adopt are not diverted from their objective, which should be to promote the lasting integration of their beneficiaries into employment"*<sup>246</sup>.

Gerade beim Eingliederungsvertrag war das nicht gelungen. Seine Diskussion in der juristischen Literatur stand in umgekehrtem Verhältnis zu seiner praktischen Bedeutung. Im Jahr 1999 etwa wurden bundesweit nur 313 Eingliederungsverträge abgeschlossen<sup>247</sup>. Mit diesen Verträgen sollten schwer vermittelbare Arbeitslose zu Zwecken der Erprobung und Einarbeitung für bis

zu sechs Monaten beschäftigt werden können unter der Bedingung, dass die Bundesanstalt für Arbeit das Entgelt für Fehlzeiten erstattete. Problematisch waren diese Verträge, weil in ihrem Rahmen eine Art Sonderarbeitsrecht geschaffen wurde, zum Beispiel das Kündigungsschutzrecht nicht gelten sollte<sup>248</sup>. Daher wurde der Eingliederungsvertrag zugunsten der Eingliederungsvereinbarung wieder abgeschafft. Diese Vereinbarung ist das Kernstück des Job-AQTIV-Gesetzes, das mit Wirkung vom 1.1.2002 das SGB III änderte. Danach wird in einer Vereinbarung zwischen dem/der Arbeitslosen und dem Arbeitsamt festgelegt, welche Maßnahmen zur beruflichen Wiedereingliederung des/r Arbeitslosen erforderlich sind und vor allem, welche Schritte der/die Arbeitslose selbst unternehmen muss.

Allein dieser kurze Blick auf wenige Maßnahmen der Arbeitsmarktförderung, die typisch sind für den raschen Wechsel bei den eingesetzten Mitteln, machen deutlich, wie schwierig es für die internationalen Überwachungsorgane ist, mit der Kontrolle der ständigen Gesetzesänderungen Schritt zu halten. Sehr häufig wird wie hier in einem Bericht zu einer nationalen Regelung Stellung genommen, die schon längst nicht mehr gilt.

### 3.3.4 Europäische Sozialcharta

Das Recht auf Arbeit in Art. 1 ESC gehört zu den Kernnormen der Charta. Darüber ist alle zwei Jahre ein Bericht abzugeben. Der aktuellste Report stammt aus dem Jahr 2001, der nächste soll dem Europarat Ende 2003 vorgelegt werden. In diesem noch in Arbeit befindlichen Bericht werden zu Art. 1 nach Aussage der Zuständigen nur Routineangaben zum Arbeitsmarkt und zu den beschäftigungspolitischen Aktivitäten der Bundesregierung in den Jahren 2001 und 2002 enthalten sein. Ähnlich war es auch schon im Bericht von 2001, der zu Art. 1, unterteilt nach dessen vier Nummern, auf 30 Seiten unter anderem aufführt: die Ausgaben für die Beschäftigungspolitik, die Art der arbeitsmarktpolitischen Instrumente und ihre Verteilung auf die verschiedenen Beschäftigtengruppen, die Zahl und Art der freien Stellen mit den jeweiligen geographischen Unterschieden, Hinweise auf die arbeitsmarkt-relevante Gesetzgebung, eine Erläuterung der Arbeits-

vermittlung durch die Bundesanstalt für Arbeit sowie eine Beschreibung der Berufsausbildungsstrukturen in Deutschland.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Staatenberichte nur die Bestrebungen der Regierungen im Hinblick auf die Verwirklichung der in Art. 1 Nr. 1 4 ESC genannten Ziele darzulegen haben<sup>249</sup>. Für die Bundesrepublik kann festgehalten werden, dass die Verpflichtungen aus Nr. 3 – „unentgeltliche Arbeitsvermittlung“ – und aus Nr. 4 – „Berufsberatung, Berufsausbildung, berufliche Wiedereingliederung“ – vom Ausschuss durchweg für erfüllt gehalten werden. Nur zu Nr. 1 – „Vollbeschäftigung“ – und Nr. 2 – „Lebensunterhalt durch frei übernommene Tätigkeit verdienen“ – gibt es regelmäßig Nachfragen. Allerdings ist es zur schärfsten Sanktion, Empfehlungen des Ministerkomitees an die Bundesrepublik Deutschland zum Thema Recht auf Arbeit, noch nie gekommen.

Daher sind die Antworten der Bundesregierung auf die Fragen des ESC-Ausschusses, die dieser regelmäßig im Rahmen des Prüfungsverfahrens zum jeweils vorangegangenen Bericht stellt, in der Regel der aufschlussreichste Teil des Staatenberichts. Im 19. Staatenbericht war das die Frage des Ausschusses zum 18. Staatenbericht nach präziseren Daten zur Wirkung der Programme der aktiven Arbeitsmarktpolitik. Diese Frage ist brisant, denn über die Arbeitsmarktwirkung gibt es kaum positive Nachweise. Im Gegenteil hält nicht nur das Institut für Wirtschaftsforschung in Halle (IWH) Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen „als Instrument der aktiven Arbeitsmarktpolitik für gescheitert“, insbesondere in den neuen Bundesländern<sup>250</sup>. Angesichts von 6,5 Millionen geförderten Ostdeutschen seit 1990, von denen die wenigsten einen Arbeitsplatz auf dem ersten Arbeitsmarkt finden konnten, spricht auch der Präsident der Bundesanstalt für Arbeit von „Scheinarbeitsmärkten ohne dauerhaften Effekt“<sup>251</sup>. So drastisch wird das im 19. Staatenbericht nicht formuliert, es wird aber darauf hingewiesen, dass die Effizienz von Arbeitsmarktprogrammen in erheblichem Maße von der Zielgruppe und von der regionalen Arbeitsmarktsituation abhängt und im Osten Deutschlands, was die Arbeitslosenrate angeht, *"a tangible improvement cannot be observed"* und *"no clear statement can be made with regard to the employment effects of some of these instruments"*<sup>252</sup>.

<sup>238</sup> CEACR 2001/72nd Session, Direct request, Nr. 2.

<sup>239</sup> Dazu unten 3.3.4.

<sup>240</sup> General Report of the CEACR 2003, Nr. 58 (unter: [www.ilo.org/ilolex](http://www.ilo.org/ilolex)).

<sup>241</sup> CEACR 2001/72nd Session, Direct request, Nr. 3.

<sup>242</sup> CEACR 1998/69th Session, Observation, Nr. 1 und Nr. 4. So auch schon CEACR 1996/67th Session, Observation, Nr. 4..

<sup>243</sup> CEACR 1995/65th Session, Observation, Nr. 5.

<sup>244</sup> CEACR 1998/69th Session, Observation, Nr. 2.

<sup>245</sup> ebd., Nr. 3.

<sup>246</sup> CEACR 1995/65th Session, Observation, Nr. 5.

<sup>247</sup> Amtliche Nachrichten der Bundesanstalt für Arbeit (ANBA) 2000, S. 9

<sup>248</sup> Dazu näher Körner, Marita, Die Reform des SGB III durch das Job-AQTIV-Gesetz, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2002, 241, 242.

<sup>249</sup> Gem. Art. 21 ESC legt das Ministerkomitee die Form der Berichte fest.

<sup>250</sup> Die ZEIT, Nr. 24, 5.6.2003, S. 19 („Die Arbeitslosen-Beschäftigungs-Maschine“).

<sup>251</sup> Süddeutsche Zeitung, 10.6.2003 („Gerster lehnt höhere Zahlungen für ABM ab“).

<sup>252</sup> Reports XVI-1, S. 15 (19th Report Germany; unter: [www.esc.coe.int](http://www.esc.coe.int)).

Zwar müssen seit 1998 gemäß § 11 SGB III von jedem Arbeitsamt Eingliederungsbilanzen erstellt werden, aber zum einen ist der Maßstab unsicher, denn der Erfolg der Eingliederung in den ersten Arbeitsmarkt wird nur daran gemessen, wie viele Teilnehmende sechs Monate nach Beendigung einer Maßnahme nicht mehr arbeitslos gemeldet sind. Zum anderen weist der 19. Staatenbericht auf Probleme mit der Statistik hin: *"Continuation of employment cannot be proven as the different statistics published by the Federal Employment Service cannot be linked"*<sup>253</sup>. Auf die Probleme mit geschönten Eingliederungsbilanzen konnte der 19. Staatenbericht noch nicht eingehen, da sie erst im jetzt anstehenden Berichtszeitraum aufgetreten sind.

In seinen Schlussfolgerungen hat der Europäische Ausschuss für Soziale Rechte zum Recht auf Arbeit die Einhaltung von Art. 1 Nr. 3 bestätigt, aber im Rahmen von Art. 1 Nr. 2 Verstöße gerügt und bei Art. 1 Nr. 1 Schlussfolgerungen noch aufgeschoben, da die Bundesregierung im nächsten Bericht zunächst offene Punkte klären soll. Dabei geht es um die Teilnahmerate an Maßnahmen der aktiven Arbeitsmarktpolitik, wie ABM und SAM, da der Ausschuss den – richtigen – Eindruck hat, dass die Zahl der geförderten Personen rückläufig ist<sup>254</sup>. Der Ausschuss wünscht auch nähere Informationen über die Teilnahme von Personen ohne deutsche Staatsangehörigkeit und von Behinderten an den aktiven Arbeitsmarktmaßnahmen. Darüber hinaus fragt der Ausschuss nach den Gründen für die regionalen Unterschiede in der Wirkung der Arbeitsmarktmaßnahmen, besonders zwischen West- und Ostdeutschland. In diesem Zusammenhang soll die Bundesregierung auch begründen, warum die Ausgaben für die Arbeitsmarktpolitik, vor allem in den neuen Bundesländern, sinken. Der Ausschuss fordert die Regierung auf, bei nach wie vor hoher Arbeitslosenrate gerade die aktive Arbeitsmarktpolitik zu intensivieren<sup>255</sup>.

Allerdings ist in Deutschland derzeit das Gegenteil der Fall: Jedenfalls sind die Maßnahmen, die einen zweiten Arbeitsmarkt begründen, in ihrer Wirkung umstritten und werden eher abgebaut.

Auch zu Art. 1 Nr. 2 hat der Ausschuss Fragen formuliert, vor allem im Zusammenhang mit der Diskriminierung wegen des Geschlechts. So will er Genaueres

über das Scheitern eines Gleichstellungsgesetzes für die Privatwirtschaft sowie über das Gleichstellungsgesetz des Bundes aus dem Jahr 2001 wissen und fordert nähere Informationen zur Umsetzung des Verbots indirekter Diskriminierung in der Beschäftigung im deutschen Recht<sup>256</sup>. Darüber hinaus hat er auch spezifisch arbeitsrechtliche Fragen, wie die zu den Folgen einer rechtswidrigen Kündigung<sup>257</sup>. Hier stößt sich der Ausschuss daran, dass der/die Arbeitnehmer/in trotz gewonnenen Kündigungsschutzprozesses regelmäßig aufgrund einer Ausnahmeregelung im Kündigungsschutzgesetz (KSchG) nur eine Abfindung erhält, obwohl das KSchG vorrangig Bestandsschutz vorsieht.

In zwei Punkten konstatiert der ESC-Ausschuss Verstöße gegen Art. 1 Nr. 2 ESC. Im einen Fall geht es um den Ausschluss von ehemaligen Bediensteten der DDR-Sicherheitsbehörden vom öffentlichen Dienst bzw. um das im Einigungsvertrag niedergelegte Sonderkündigungsrecht gegenüber dieser Personengruppe, eine rechtliche Gestaltung, die vom Bundesverfassungsgericht gebilligt wurde<sup>258</sup>. Der Ausschuss prüft diese Einschränkung der Rechte aus Art. 1 ESC am Maßstab des Art. 31 ESC, wonach Einschränkungen und Begrenzungen zulässig sind, wenn sie „gesetzlich vorgeschrieben und in einer demokratischen Gesellschaft zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer oder zum Schutz der öffentlichen Sicherheit des Staates (...) notwendig sind“. Er kommt zu dem Ergebnis, dass *"there is no precise definition of the functions from which individuals can be excluded, either in the form of a refusal to recruit or a dismissal, on the grounds of previous political activities or activities within the former GDR institutions competent in security matters"*<sup>259</sup>.

Der Verstoß gegen Art. 1 Nr. 2 ESC ergibt sich also daraus, dass ehemalige Mitarbeitende der DDR-Staatsicherheit generell vom öffentlichen Dienst ausgeschlossen werden, unabhängig von der zu bekleidenden Funktion. Nach Meinung des ESC-Ausschusses hätte ein Ausschluss vom öffentlichen Dienst aber nur für sensible Bereiche Bestand.

Der Regierungsausschuss dagegen spielt das Problem herunter, indem er darauf hinweist, dass es sich um ein Übergangsproblem der Wiedervereinigung handele, das mittlerweile nur noch in Einzelfällen zum Tragen

komme<sup>260</sup>. Daran lässt sich auch das Problem des ESC-Staatenberichtsverfahrens ablesen<sup>261</sup>: Zwar hat der Regierungsausschuss kein eigenes Prüfungsrecht mehr, aber die Einschaltung einer politischen Instanz beeinträchtigt die Unabhängigkeit des Verfahrens. Wie hier, kann der Regierungsausschuss in seinem Bericht an das Ministerkomitee die vom ESC-Ausschuss gerügten Verstöße anders gewichten.

Im vorliegenden Fall kommt allerdings hinzu, dass sich schon der ESC-Ausschuss selbst nicht einig war. Zwei Mitglieder, darunter das deutsche Mitglied, haben ein abweichendes Votum abgegeben, in dem sie der Schlussfolgerung des Ausschusses ausdrücklich nicht folgten, da die Auslegung von Art. 31 ESC viel zu eng sei<sup>262</sup>. Sie waren daher der Meinung, dass die Voraussetzungen von Art. 31 ESC vorliegen und daher der Ausschluss der ehemaligen Mitarbeitende der DDR-Staatsicherheit vom öffentlichen Dienst keinen Verstoß gegen Art. 1 Nr. 2 ESC darstelle.

Auch der weitere deutsche Verstoß gegen Art. 1 Nr. 2 ESC, der vom ESC-Ausschuss geltend gemacht wurde, fand nicht die Zustimmung aller Mitglieder. Es ging um die Verpflichtung von Strafgefangenen, ohne ihre Zustimmung in einem von einem privaten Unternehmen unterhaltenen Betrieb zu arbeiten. Zwar ist in § 41 III des Strafvollzugsgesetzes die Zustimmung der Gefangenen vorgesehen; diese Regelung wurde aber 1981 suspendiert und müsste durch Bundesgesetz wieder in Kraft gesetzt werden (§ 198 III StVollzG). Außerdem kritisierte der Ausschuss die niedrige Entlohnung der Gefangenen: *"the practice of employing prisoners for private enterprises, without the prisoners' consent and in conditions so far removed from those normally associated with a private employment relationship, is not consistent with the Charter prohibition on forced labour"*.

### 3.3.5 Europäische Union: Europäischer Gerichtshof (EuGH)

Zwei Fälle werden hier exemplarisch vorgestellt, an denen sichtbar wird, dass die Rechtsprechung des

EuGH Elemente des Rechts auf Arbeit sehr wirkungsvoll umsetzt, obwohl dieses Recht als solches im EU-Recht nicht geschützt ist. Damit wird auch deutlich, dass es beim Schutz des Rechts auf Arbeit weniger auf seine ausdrückliche Nennung als vielmehr darauf ankommt, dass seine Umsetzungsmechanismen, wie der Diskriminierungsschutz, die Bestandsschutzregeln des Arbeitsrechts, die Regelungen der Beschäftigungsförderung sowie der Schutz bei Arbeitslosigkeit, klar und umfassend sind und wirkungsvoll kontrolliert werden.

Beide EuGH-Fälle betreffen die berufliche Gleichbehandlung von Männern und Frauen, also die arbeitsrechtliche Materie, die auf europäischer Ebene am frühesten aufgegriffen und am weitesten fortentwickelt worden ist<sup>263</sup>.

#### a) Nachtarbeitsverbot für Frauen

Der eine Fall betraf das generelle Nachtarbeitsverbot für Frauen in § 19 der Arbeitszeitordnung (AZO) a.F.<sup>264</sup>. Der EuGH hatte eine entsprechende Regelung im französischen Recht trotz der Gesundheitsschädlichkeit der Nachtarbeit für einen Verstoß gegen Art. 5 I der Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207 EWG gehalten, weil Frauen dadurch der Zugang zu bestimmten Positionen verwehrt werde (Stoeckel-Fall)<sup>265</sup>. Ausnahmen hat der EuGH nur zugelassen, wenn ein Nachtarbeitsverbot zum Schutz der Frau bei Schwangerschaft und Mutterschaft geboten ist (Minne-Fall)<sup>266</sup>. Auch wenn diese EuGH-Fälle nicht Deutschland betrafen, hat das Bundesverfassungsgericht in Anlehnung daran entschieden, dass § 19 AZO (a.F.) wegen Verstoßes gegen Art. 3 GG verfassungswidrig ist<sup>267</sup>. In Übereinstimmung mit der Minne-Entscheidung dagegen ist § 8 des Mutterschutzgesetzes (MuSchG), der Nachtarbeit für werdende und stillende Mütter einschränkt, kein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz.

Mit einem Kollisions-Problem des Stoeckel-Falles hatte sich das Bundesverfassungsgericht nicht auseinander zu setzen: Frankreich hatte das ILO-Übereinkommen Nr. 89, das die Nachtarbeit von Frauen in gewerb-

<sup>253</sup> ebd., S. 16.

<sup>254</sup> Conclusions XVI-1, S. 5 (unter: www.esc.coe.int).

<sup>255</sup> ebd., S. 6.

<sup>256</sup> ebd., S. 9.

<sup>257</sup> ebd., S. 7.

<sup>258</sup> BVerfG, Neue juristische Wochenschrift (NJW) 1997, 2305; 2307; 2310; 2312.

<sup>259</sup> Conclusions XVI-1, S. 10.

<sup>260</sup> Governmental Committee of the ESC, Report XVI-I, Nr. 59.

<sup>261</sup> Dazu schon oben B.II.1.b).

<sup>262</sup> Conclusions XVI-1, S. 28.

<sup>263</sup> Dazu genauer Körner, Marita, Der Dialog des EuGH mit den deutschen Arbeitsgerichten – Das Beispiel der Gleichbehandlung, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2001, 1046 ff.

<sup>264</sup> Seit 1994 umbenannt in Arbeitszeitgesetz (ArbZG).

<sup>265</sup> EuGH 25.7.1991, EuGRZ 1991, 421 (Stoeckel – Frankreich).

<sup>266</sup> EuGH, Slg. 1994, I-0371, Rn 11 ff. (Minne – Belgien).

<sup>267</sup> BVerfG 28.1.1992, DB 1992, 377.



lichen Berufen verbietet, ratifiziert. Auf den Konflikt ging der EuGH im Stoeckel-Fall nicht ein. Erst in einer weiteren Entscheidung führte er dazu aus, dass ein EU-Mitgliedstaat zwar internationale Vereinbarungen aus der Zeit vor Abschluss des EWG-Vertrages, die mit den europäischen Verpflichtungen kollidieren, einhalten müsse, dass er aber gemäß Art. 307 II EG verpflichtet sei, die Unvereinbarkeit zwischen den internationalen Übereinkünften und dem Gemeinschaftsrecht zu beseitigen. Das bedeutet in Bezug auf das Nachtarbeitsverbot für Frauen, dass entweder das Arbeitsverbot auch auf Männer ausgedehnt werden oder die frühere Übereinkunft gekündigt werden muss<sup>268</sup>. Frankreich entschied sich für die zweite Möglichkeit und hat das ILO-Übereinkommen Nr. 89 am 26.2.1992 gekündigt. In Deutschland stellte sich dieses Kollisionsproblem nicht, weil das Übereinkommen Nr. 89 nie ratifiziert worden war.

#### b) Ausschluss von Frauen von den Streitkräften

Im zweiten Fall ging es um eine der weitreichendsten EuGH-Entscheidungen zur Diskriminierung beim Berufszugang, den Fall der Tanja Kreil, die sich bei der Bundeswehr als Elektronikerin in der Instandsetzung beworben hatte, aber abgelehnt worden war, weil das deutsche Soldatengesetz, gestützt auf Art. 12a IV 2 GG (a.F.), Frauen allgemein vom Dienst mit der Waffe ausschloss und ihnen nur den Zugang zum Sanitäts- und Militärmusikdienst erlaubte.

Die Bundesregierung machte geltend, es liege eine Ausnahme vom Gleichbehandlungserfordernis im Sinne von Art. 2 II der Richtlinie 76/207/EWG vor, wonach berufliche Tätigkeiten, für die aufgrund ihrer Art oder den Bedingungen ihrer Ausübung das Geschlecht eine unabdingbare Voraussetzung ist, vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgeschlossen werden dürfen.

Dem folgte der EuGH nicht, da die Ausnahmeregelung eng auszulegen sei und im Bundeswehr-Fall deshalb nicht zur Anwendung komme, weil Frauen von nahezu allen militärischen Verwendungen ausgeschlossen seien. Eine zulässige Ausnahme dürfe sich nur auf spezifische Tätigkeiten beziehen<sup>269</sup>.

Im ähnlich gelagerten britischen Sirdar-Fall hatte der EuGH die Ausnahmebestimmung der Richtlinie dage-

gen für einschlägig gehalten<sup>270</sup>. Hier war es aber auch nicht um den generellen Ausschluss von Frauen von den Streitkräften gegangen, sondern um den Ausschluss von Frauen von der (zahlenmäßig kleinen) speziellen Kampfeinheit der Royal Marines.

Als Konsequenz aus der EuGH-Entscheidung wurde Art. 12a IV 2 GG im Jahre 2000 dahingehend geändert, dass der freiwillige Dienst von Frauen mit der Waffe in der Bundeswehr auf eine klare verfassungsrechtliche Grundlage gestellt<sup>271</sup> und durch Anpassung des Soldatenrechts Frauen der Zugang zu allen Bereichen der Streitkräfte eröffnet wurde.

Damit hat der Europäische Gerichtshof erstmals eine Bestimmung des Grundgesetzes für unvereinbar mit dem Gemeinschaftsrecht erklärt, wenn auch nur indirekt, denn die Vorlagefrage des Verwaltungsgerichts (VG) Hannover an den EuGH enthält keinen Hinweis auf das Grundgesetz, sondern führt nur die soldatenrechtlichen Regelungen an.

Nichtsdestoweniger macht dieser Fall sehr deutlich, mit welcher Beharrlichkeit und Effizienz der Europäische Gerichtshof die nationalen Arbeitsrechte nicht nur beeinflusst, sondern gestaltet, auch und gerade auf Feldern, die Gegenstand des Rechts auf Arbeit sind.

### 3.4 Das Versicherungsprinzip – ein übersehenes Problem?

Betrachtet man die Kontrollinstanzen und ihre Berichte zum Thema „Recht auf Arbeit“, so sind weitgehende Übereinstimmungen in der Bewertung der das Recht auf Arbeit konstituierenden Faktoren festzustellen. Auch die Kritikpunkte ähneln sich häufig. Einige scheinen sich die Kontrollinstanzen aber auch in der Nichtbeachtung eines entscheidenden Elements zu sein: das die soziale Absicherung und den Zugang zur Arbeitsförderung in Deutschland regierende Versicherungsprinzip, das wiederum an die Arbeitnehmergemeinschaft anknüpft.

Arbeitsmarktprognosen gehen davon aus, dass Erwerbsbiographien in zunehmendem Maße unsteter

werden und sich Phasen von abhängiger Beschäftigung, Weiterbildung, Arbeitslosigkeit und Selbständigkeit abwechseln werden, das heißt dass das Normalarbeitsverhältnis zugunsten weniger standardisierter Beschäftigungsformen zurückgedrängt wird, wenn es auch zum Umfang dieser Entwicklung nur Spekulationen gibt. Bezeichnenderweise ist in diesem Zusammenhang nicht selten von „Feminisierung von Erwerbsverläufen“ die Rede. Wenn diese Voraussage eines Wechsels zwischen verschiedenen Berufstätigkeiten richtig ist, wird lebenslanges Lernen noch wichtiger als heute schon. Für die entsprechenden Maßnahmen der aktiven Arbeitsmarktpolitik, wie Weiterbildungs- oder Eingliederungsmaßnahmen, stellt das SGB III als das Hauptinstrument aktiver Arbeitsmarktpolitik die wichtigste gesetzliche Grundlage dar. Leistungen der Arbeitsförderung erhält aber nur, wer in der Arbeitslosenversicherung versichert ist, und das ist nicht freiwillig, sondern nur für Arbeitnehmer/innen möglich. Wenn auch im Sozialversicherungsrecht das Versicherungsprinzip nicht wie in der Privatversicherung im Sinne eines strengen Äquivalenzprinzips angelegt ist, sondern auch der Sozialausgleich eine Rolle spielt<sup>272</sup>, so gilt doch im Großen und Ganzen, dass Arbeitsförderungsmaßnahmen nur in Anspruch nehmen kann, wer auch versichert ist.

Das bedeutet, dass das Modell der erwerbszentrierten Arbeitslosenversicherung gerade für die zunehmenden „Patchwork“-Erwerbsbiographien nicht nur die nötige Absicherung bei Arbeitslosigkeit nicht bietet, sondern den Betroffenen auch den Weg zu beschäftigungsfördernden Maßnahmen verwehrt.

Soweit ersichtlich, haben sich die verschiedenen internationalen Kontrollausschüsse mit dieser Problematik noch nicht beschäftigt. Dabei wäre das eine Konstellation, bei der die ansonsten kaum inhaltlich nachprüfbar staatliche Beschäftigungspolitik unter dem Gesichtspunkt eines Verstoßes gegen das Recht auf Arbeit kontrollierbar wäre, weil klar feststellbar ist, dass große erwerbswillige Gruppen von Gesetzes wegen nicht in den Genuss der wichtigsten Förderungsmaßnahmen kommen können.

Auch die Beschäftigungspolitischen Leitlinien der EU fordern aber gerade angesichts des Erfordernisses von

lebenslangem Lernen in einer wissensbasierten Gesellschaft den leichten Zugang zu beruflicher Weiterbildung. Dies ist auch deshalb wichtig, weil heute schon trotz hoher Arbeitslosigkeit geschätzte 1,1 Millionen Stellen wegen der „mismatch“-Problematik nicht besetzt werden können<sup>273</sup>. „Mismatch“ bedeutet, dass Angebot und Nachfrage nach Arbeitskräften nicht zusammenpassen, was auch mit dem raschen Wandel der Arbeitsprofile zu tun hat und was deshalb ältere Beschäftigte mit veralteten Qualifikationen ebenso betreffen kann wie junge, die in die „falsche“ Ausbildung investiert haben.

Allerdings ist eine Lösung für die Probleme, die sich aus dem Versicherungsprinzip ergeben, schwierig. Zwei Wege sind denkbar:

Entweder muss die Finanzierung der Arbeitsmarktpolitik stärker durch Steuern getragen werden. Eine solche Steuerfinanzierung ist dem System auch jetzt schon nicht fremd, wenn man an die staatliche Finanzierung der Arbeitslosenhilfe und an den Bundeszuschuss denkt<sup>274</sup>. Oder die Arbeitslosenversicherung müsste in eine Beschäftigungsversicherung unter Beibehaltung des Versicherungsprinzips, aber unter Einbeziehung aller Erwerbstätigen umgewandelt werden. Mittelfristig ist dies der wahrscheinlichere Weg.

In der Schweiz wird er schon länger beschritten. In die dortige umlagefinanzierte staatliche „Alters- und Hinterlassenschaftsversicherung“ zahlen alle ein, nicht nur Arbeitnehmer/innen, und es gibt keine Beitragsbemessungsgrenze, obwohl unabhängig von den geleisteten Beiträgen nur eine bestimmte Höchstrente gewährt wird.

### 3.5 Reaktionen der deutschen Politik und Justiz

Die Reaktionen der deutschen Politik auf die Empfehlungen der Überwachungsausschüsse der behandelten internationalen Instrumente sind, soweit überhaupt feststellbar, enttäuschend. Die Bundesregierungen gehen zwar in den Staatenberichten in der Regel auf die Kritik des jeweiligen Ausschusses ein – verbal

<sup>268</sup> EuGH, Slg. 1993, I-4287 (Levy).

<sup>269</sup> EuGH 11.1.2000, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2000, 137 (Kreil).

<sup>270</sup> EuGH 26.10.1999, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2000, 25 (Sirdar).

<sup>271</sup> Hatte er vorher gelautet: „sie dürfen auf keinen Fall Dienst mit der Waffe leisten“, so heißt es jetzt: „sie dürfen auf keinen Fall zum Dienst mit der Waffe verpflichtet werden“.

<sup>272</sup> Dazu im Detail Rolfs, Christian, Das Versicherungsprinzip im Sozialversicherungsrecht, 2000.

<sup>273</sup> Ende Mai 2003 waren knapp 400.000 offenen Stellen registriert, eine Zahl die auf das Dreifache geschätzt wird, weil viele Arbeitgeber freie Stellen nicht bei den Arbeitsämtern melden, Die Zeit, Nr. 25, 12.6.2003, S. 17.

<sup>274</sup> 363 ff. SGB III.

wohlgemerkt. Eine unmittelbare Umsetzung in politische Entscheidungen ist aber kaum erkennbar. Der Dialog über die Umsetzung der Bestimmungen zum Recht auf Arbeit in den verschiedenen Pakten scheint in den Insider-Zirkeln der wenigen mit der Materie befassten Personen zu verharren.

Und auch da, wo relevante Maßnahmen ergriffen werden, zum Beispiel bei Gesetzen der Beschäftigungsförderung, fehlt in der Regel ein direkter Bezug zu den internationalen Instrumenten. Das hängt auch damit zusammen, dass der Arbeit und den Ergebnissen der Überwachungsorgane im Wesentlichen die Publizität fehlt. Sie werden nur einer zahlenmäßig kleinen Fachöffentlichkeit bekannt. Das ist allenfalls bei Verstößen gegen ILO-Übereinkommen anders, weil dort schon das gesamte Überwachungsverfahren stärker auf Öffentlichkeit ausgelegt ist, aber auch da nur, wenn es um spektakuläre Fälle geht, wie zum Beispiel das in Deutschland geltende Streikverbot für Beamte. Außerdem ist auch beim ILO-Überwachungsverfahren größerer Bekanntheit schon deshalb ein Riegel vorgeschoben, weil die Stellungnahmen der Regierungen zu Anfragen des Expertenausschusses nicht veröffentlicht werden.

Entsprechend hat auch der WSK-Ausschuss in seinen Schlussfolgerungen zum vierten deutschen Staatenbericht seine Besorgnis ausgedrückt, dass kein umfassendes und in sich geschlossenes System besteht, das die Berücksichtigung des Paktes bei der Formulierung und Umsetzung jeglicher Gesetzgebung und politischer Maßnahmen hinsichtlich wirtschaftlicher, sozialer und politischer Rechte gewährleistet<sup>275</sup>. Man darf ergänzen, dass das nicht nur beim IPWSKR, sondern auch bei den anderen hier behandelten Pakten so ist.

Die Bundesregierung hatte dazu im Staatenbericht nur darauf hingewiesen, „dass es in der deutschen Gesetzgebungspraxis absolut unüblich ist, in der Begründung für eine innerstaatliche gesetzliche Neuregelung ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass diese Regelung Verpflichtungen aus von Deutschland ratifizierten mehrseitigen internationalen Verträgen berührt und dass sie diesen Verpflichtungen nicht zuwiderläuft“<sup>276</sup>.

In ihrer Antwort auf die Zusatzfragen des Ausschusses zum dritten Staatenbericht hatte die Bundesregierung

gar ausgeführt, dass bei Rechtsänderungen regelmäßig geprüft werde, „ob die beabsichtigte Änderung vereinbar ist mit den sich aus den einschlägigen Bestimmungen des Paktes ergebenden Verpflichtungen“. In der Regel werde aber das Ergebnis dieser Prüfung „in der Begründung zum Gesetzentwurf nur dann mitgeteilt, wenn Zweifel an der Vereinbarkeit bestehen“. Wenn die Zweifel an der Vereinbarkeit einer beabsichtigten Gesetzesänderung mit internationalen Verpflichtungen aber überwiegen, würde das nach außen nicht sichtbar, da es dann zu einem Gesetzentwurf gar nicht erst komme<sup>277</sup>. Im Umkehrschluss heißt das, dass die Bundesregierungen alle erlassenen Gesetze für mit den internationalen Verpflichtungen der Bundesrepublik vereinbar gehalten haben und halten. Beim Lesen und Anwenden der Gesetze wird allerdings nicht einmal sichtbar, dass es auf dem jeweiligen Gebiet überhaupt internationale Verpflichtungen gibt.

Auch in der Rechtsprechung wird nur vereinzelt auf die Menschenrechtsinstrumente Bezug genommen; was das Recht auf Arbeit angeht, soweit ersichtlich, gar nicht. Für das Arbeitsrecht im weiteren Sinne finden sich allenfalls hin und wieder Bezüge zu ILO-Instrumenten. Auch dieser Umstand, dass in der Rechtsprechung nicht auf den Pakt und seine Bestimmungen Bezug genommen wird, wurde vom Sozialausschuss bemängelt<sup>278</sup>. Die Bundesregierung begründete ihn mit der Gewaltenteilung: „Eine Einflussnahme der Bundesregierung auf Gerichte, in der Begründung von Urteilen auch auf die Vereinbarkeit des angewandten Rechts mit den Verpflichtungen des Paktes einzugehen, verbietet sich schon aus dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung. Gerichte pflegen internationale Verträge nur dann bei der Urteilsfindung zu erwähnen, wenn diese entweder eine Lücke im innerstaatlichen Recht schließen, wenn sie zur Interpretation einer innerstaatlichen Rechtsvorschrift herangezogen werden können oder wenn ein Verfahrensbeteiligter die Verletzung internationalen Rechts ausdrücklich rügt“<sup>279</sup>.

Nicht mehr sachlich zu begründen ist allerdings ein damit zusammenhängender Umstand, der auch vom WSK-Ausschuss aufgegriffen wurde: die nicht ausreichende Ausbildung der Richter/innen im Bereich der Menschenrechte. Schon im juristischen Studium spielt dieser Komplex nur am Rande für eine kleine Minderheit

von Wahlfachstudierenden eine Rolle, mit rückläufiger Tendenz. Die Deutsche Richterakademie bietet dann zwar im Rahmen ihrer Fortbildungsveranstaltungen für Richter/innen, Staatsanwälte und Staatsanwältinnen auch Veranstaltungen mit menschenrechtlichen Themen an, sie stehen aber im Gesamtprogramm sehr im Hintergrund. Hier soll wohl in Zukunft das Deutsche Institut für Menschenrechte eine Lücke schließen, geht aus dem Kernbericht der Bundesrepublik Deutschland zu den Menschenrechtsübereinkommen der Vereinten Nationen hervor<sup>280</sup>.

Ganz anders verhält es sich mit der Umsetzung der europäischen Beschäftigungsstrategien. Zwar ist im EU-Recht ein Recht auf Arbeit nicht garantiert. Seine wichtigste Umsetzung aber, beschäftigungspolitische

Maßnahmen, werden seit 1997 aus Brüssel in Gestalt der beschäftigungspolitischen Leitlinien und der Umsetzungskontrolle durch die Empfehlungen an die Mitgliedstaaten forciert. So ist zum Beispiel die Konzeption des Job-AQTIV-Gesetzes unmittelbar aus den Leitlinien entnommen und damit Umsetzung europäischer Beschäftigungspolitik. Was der WSK-Ausschuss für die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte bemängelt, nämlich das Fehlen von Bezügen zu den internationalen Verpflichtungen in der nationalen Gesetzgebung, ist hier kein Problem: Gleich zu Beginn der Gesetzesbegründung für das Job-AQTIV-Gesetz wird auf die Beschäftigungspolitischen Leitlinien der Europäischen Union verwiesen<sup>281</sup>, obwohl diese Leitlinien keine bindenden Rechtsakte sind.

<sup>275</sup> UN Doc. E/C.12/1/Add.68, Nr. 13.

<sup>276</sup> UN Dok. E/C.12/4/Add.3.

<sup>277</sup> UN Dok. E/1994/104/Add.14, Nr. 1.

<sup>278</sup> UN Dok. E/C.12/1/Add.68, Nr. 13.

<sup>279</sup> UN Dok. E/C.12/4/Add.3.

<sup>280</sup> ebd., Nr. 133.

<sup>281</sup> „Die vorwiegend reaktive Ausrichtung wird unter Berücksichtigung der Beschäftigungspolitischen Leitlinien der Europäischen Union durch präventive Ansätze ersetzt“, BGBl I, S. 3443.

## 4 Schlussfolgerungen

1. Ein internationales Recht auf Arbeit im engen Sinne als subjektiven Anspruch auf einen bestimmten Arbeitsplatz gibt es nicht.

2. In einem weiteren Sinne verstanden ist das Recht auf Arbeit in vier Bereichen verankert:

- in der Beschäftigungspolitik
- im Arbeitsrecht
- im Arbeitslosenschutz
- im Schutz vor Diskriminierungen

### a) Beschäftigungspolitik

Maßnahmen der Beschäftigungspolitik sind zwar ein wichtiges Element der Umsetzung des Rechts auf Arbeit, aber wegen des Ermessensspielraums des Staates bei der Auswahl und Dimensionierung der Maßnahmen rechtlich schwer zu überprüfen.

### b) Arbeitsrecht

Es stellt sich vor allem die Frage, bis zu welcher Grenze der Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses (Kündigungsschutz) eingeschränkt werden darf. Hier ist nicht nur der IPWSKR Rechtsgrundlage, sondern etliche ILO-Übereinkommen untermauern die völkerrechtlichen Pflichten der Bundesrepublik.

Darüber hinaus stellt sich auch bei den neuen politischen Konzepten zur Arbeit – zum Beispiel der erweiterten Zulassung von befristeten Stellen oder Niedriglohnarbeit – die Frage, ob dem Recht auf Arbeit damit Genüge getan wird. Ist im Licht des Rechts auf Arbeit irgendeine Beschäftigung besser als keine, oder wird das Recht auf Arbeit durch diese Maßnahmen gerade nicht verwirklicht, weil in großem Umfang auch prekäre Beschäftigungsverhältnisse geschaffen werden? Das zu beurteilen ist nicht aufgrund der Beschäftigungsart allein möglich, denn es kommt auch darauf an, wie Einkommens- und Versorgungslücken gegebenfalls durch staatliche Ergänzungsleistungen kompensiert werden. In diesen Fällen allerdings ergibt sich für das Menschenrecht auf Arbeit das Problem, dass

bei staatlichen Kompensationsleistungen gerade keine eigenverantwortliche Erarbeitung des eigenen Lebensunterhalts gelingt, sondern die Betroffenen von staatlichen Transferleistungen abhängig werden.

### c) Schutz bei Arbeitslosigkeit

Das Recht auf Arbeit wird auch durch die Schutzregeln für den Fall der Arbeitslosigkeit umgesetzt (SGB III). Auch hier sind jüngst zahlreiche Änderungen zulasten der Leistungsberechtigten vorgenommen worden, und es stellt sich die Frage, inwieweit dadurch das Recht auf Arbeit verletzt wird.

### d) Schutz vor Diskriminierung

Der Schutz vor Diskriminierung ist ein wichtiger Umsetzungsbereich für das Recht auf Arbeit. Unter anderem in Art. 2 II des IPWSKR verankert, kann hier die Einhaltung des Rechts auf Arbeit für die verschiedensten Beschäftigtengruppen untersucht werden, zum Beispiel Frauen, Ältere, Behinderte sowie Menschen, die nicht die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen. Ungleichbehandlung ist nicht absolut verboten, sondern nur dann, wenn es für die unterschiedliche Behandlung keine sachlichen Gründe gibt.

Der Diskriminierungsschutz betrifft nicht nur die Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse in der Arbeit, sondern auch den Zugang zu Arbeit.

Das können Arbeitsverbote oder -einschränkungen für die Beschäftigung von Menschen sein, die nicht EU-Bürger sind. Hier muss für jede Fallkonstellation einzeln geprüft werden, ob die jeweiligen rechtlichen Begründungen für die Beschränkungen sachlich gerechtfertigt sind. So wird zum Beispiel das Arbeitsverbot für Asylsuchende an deren nur vorübergehenden Aufenthaltsstatus geknüpft, was bei jahrelangen Verfahren zweifelhaft sein kann.

Es kann aber auch um indirekte Diskriminierung zum Beispiel von Frauen auf dem Arbeitsmarkt gehen, die zwar formal den gleichen Zugang zum Arbeitsmarkt

haben wie Männer und die dort auch die gleichen Rechte genießen, die aber dennoch aufgrund ihrer Lebensumstände oft Beschäftigungsbedingungen schlechter erfüllen können, zum Beispiel die Einhaltung langer und flexibler Arbeitszeiten, wenn sie nicht auf ausreichende Kinderbetreuungseinrichtungen zurückgreifen können.

3. Für die Überprüfung der Umsetzung des Rechts auf Arbeit kann das in den letzten Jahren entwickelte Modell verwandt werden, nach dem bei allen Menschenrechten drei Verpflichtungsebenen zu unterscheiden sind:

a) Auf der ersten Stufe ist das Recht auf Arbeit zu achten (to respect), das heißt der Einzelne darf nicht an der Ausübung des Rechts gehindert werden.

b) Auf der zweiten Stufe erfordert das Recht auf Arbeit Schutzmaßnahmen des Staates (to protect). Hier geht es um die Regelungen des Arbeitsrechts, vor allem die Schutzgesetze, wie zum Beispiel den Schutz vor willkürlichen Kündigungen. Gerade auf der arbeitsrecht-

lichen Ebene kann das Recht auf Arbeit wirkungsvoll geltend gemacht werden, und zwar politisch wie prozessaktisch. Politisch kann das Recht auf Arbeit als Argument gegen den Abbau arbeitsrechtlicher Sicherungen herangezogen werden. Wie zum Beispiel beim Kündigungsschutz, wenn positive Beschäftigungseffekte behauptet, aber nicht überprüft werden beziehungsweise nicht nachweisbar sind. Prozessaktisch kann das Recht auf Arbeit insofern eine Rolle spielen, als sich Betroffene in geeigneten Fällen vor Gericht darauf berufen können, und sei es nur als Auslegungshilfe.

c) Die dritte Verpflichtungsebene des Rechts auf Arbeit betrifft Leistungspflichten des Staates (to fulfil), die allerdings gemäß Art. 2 I des IPWSKR nur „progressively“, das heißt nach und nach umzusetzen ist. Zudem besteht für die Einteilung von Haushaltsmitteln und die Ausgestaltung von Leistungen ein staatlicher Ermessensspielraum. Damit ist die gesamte staatliche Beschäftigungspolitik nur eingeschränkt rechtlich nachprüfbar. Sie ist zwar Umsetzung des Rechts auf Arbeit. Ein Verstoß gegen das Recht auf Arbeit durch (unterlassene) beschäftigungspolitische Maßnahmen wird aber nur selten feststellbar sein.



# Abkürzungsverzeichnis

ABM	Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen	EuGH	Europäischer Gerichtshof
AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte	EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
AFG	Arbeitsförderungsgesetz	GA Res	General Assembly Resolution (UN)
ArbZG	Arbeitszeitgesetz	IGH	Internationaler Gerichtshof
AZO	Arbeitszeitordnung	ILO	International Labour Organisation
BAG	Bundesarbeitsgericht	IPBPR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch	IPWSKR	Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte
BGBI.	Bundesgesetzblatt	IWH	Institut für Wirtschaftsforschung in Halle
BMA	Bundesministerium für Arbeit	KSchG	Kündigungsschutzgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht	MuSchG	Mutterschutzgesetz
BVerfGE	Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts	NRW	Nordrhein-Westfalen
CEACR	Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations der ILO	SAM	Strukturanpassungsmaßnahmen
CEDAW	Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women (UN-Frauenrechtskonvention)	SED	Sozialistische Einheitspartei Deutschlands (in der ehem. DDR)
CESCR	Committee on Economic, Social and Cultural Rights (UN-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte)	SGB	Sozialgesetzbuch
DDR	Deutsche Demokratische Republik	StWG	Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund	TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz
EBS	Europäische Beschäftigungsstrategie	UN	United Nations
EG	Europäische Gemeinschaft	UNO	United Nations Organization (UN)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte	VN	Vereinte Nationen (UN)
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention	WSK-Rechte	wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte
ESC	Europäische Sozialcharta	WVRK	Wiener Vertragsrechtskonvention